



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**EL PAPEL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
EN AFGANISTÁN**

DE LA ESPERANZA A LA DECEPCIÓN

AUTOR: IGNACIO RODRÍGUEZ CANO

TUTORA: CLAUDIA CRISTINA JIMÉNEZ CORTÉS

FECHA DE ENTREGA: 9 DE MAYO DE 2019

GRADO: DERECHO

CURSO: 4RT

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Resumen

El presente trabajo analiza el conflicto de Afganistán desde un punto de vista tanto histórico-político como jurídico. Así, se expondrá el contexto de Afganistán, atendiendo a las guerras que ha habido y las consecuencias que dichos conflictos han provocado en el país.

De la misma manera, y en atención a ese contexto, se estudiará la vertiente jurídica (y judicial) del conflicto a partir del año 2001, cuando la Comunidad Internacional capitaneada por Estados Unidos decide invadir territorio afgano como respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001. Así, se examinará tanto la jurisdicción (en sus diferentes vertientes) como la competencia, incluyendo el principio de complementariedad que rige la actuación de la Corte Penal Internacional.

Por último, se profundizará en la relación de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y en la posibilidad, en base a esa relación, de una hipotética aplicación del artículo 16 del Estatuto de Roma atendiendo a los antecedentes del precepto. A modo de conclusión se destacará la polémica y reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares entorno a esta cuestión.

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6
I. GUERRA DE AFGANISTÁN: PASADO Y PRESENTE	8
1. Afganistán antes de los talibanes	8
2. Período 1994-2001.....	10
3. Los atentados del 11 Septiembre y respuesta a los ataques	12
4. Afganistán post 11-S.....	16
4.1 Período 2001-2005.....	16
4.2 Período 2006-actual	19
4.3 Estudio étnico.....	21
4.4 Hechos.....	24
4.5 Papel de Pakistán	26
4.6 Papel de Arabia Saudí	29
4.7 Los más débiles: las víctimas.....	31
II. VERTIENTE JUDICIAL DEL CONFLICTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	33
1. Jurisdicción de la CPI para conocer del caso afgano.....	33
1.1. Jurisdicción temporal	35
1.2. Jurisdicción personal	36
1.3. Jurisdicción territorial	40
1.4. El aspecto jurídico a la luz del principio de complementariedad	41
2. Competencia de la CPI para conocer del caso afgano: Análisis de los delitos que se habría cometido	44
2.1 Crimen de Lesa Humanidad.....	44
2.2 Crimen de Guerra.....	46
3. Sujetos y delitos que se le imputan en el Informe 20 de noviembre de 2017 de la Fiscalía de la CPI	49

III. ¿APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 ER? ESPECIAL MENCIÓN A LOS PROBLEMAS QUE HUBIERA CONLLEVADO CON LOS EUA.	52
1. La relación entre los Estados Unidos y la Corte Penal Internacional.....	52
1.1 Desde la firma del ER hasta la ruptura	52
1.2 Las amenazas estadounidenses	56
2. El Artículo 16 ER	58
2.1 Las Resoluciones 1422 y 1487	60
2.2 Aplicación del artículo 16 en el caso de Afganistán.....	62
3. La polémica decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares	64
IV. CONCLUSIONES	67
V. BIBLIOGRAFÍA	70
VI. ANEXOS.....	85

ABREVIATURAS

ASPA.....*American Service-Members' Protection Act* (Ley de Protección de Funcionarios y Personal estadounidense)

CIA.....*Central Intelligence Agency* (Agencia Central de Inteligencia)

CNU.....Carta de las Naciones Unidas

CPI.....Corte Penal Internacional

CS.....Consejo de Seguridad

ER.....Estatuto de Roma

EUA/EEUU.....Estados Unidos de América

FATA.....*Federally Administered Tribal Areas* (Áreas Tribales Federalmente Administradas)

ISAF.....*International Security Assistance Force* (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad)

ISI.....*Inter-Services Intelligence* (Dirección de Inteligencia Inter-Services)

KGB..... *Комитет государственной безопасности* (Comité para la Seguridad del Estado)

OLD.....Operación Libertad Duradera

ONG.....Organización no gubernamental

ONU.....Organización de Naciones Unidas

OTAN.....Organización del Tratado del Atlántico Norte

PDPA.....Partido Democrático Popular de Afganistán

RSM.....Misión de Apoyo Resuelta

TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ.....Tribunal Internacional de Justicia
UE.....Unión Europea
UNAMA.....Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán
URSS.....Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

INTRODUCCIÓN

El conflicto de Afganistán ha copado multitud de portadas y a día de hoy, aunque en menor medida, sigue recibiendo atención por parte de los medios. Mientras la guerra sigue presente en suelo afgano, en el año 2017 la Fiscalía de la Corte Penal Internacional pidió la autorización para abrir una investigación de lo sucedido durante este conflicto debido a determinadas intervenciones.

En la actualidad, la Sala de Cuestiones Preliminares ha rechazado abrir una investigación por lo sucedido en Afganistán, sin perjuicio de los recursos que pudiera interponer la Fiscalía ante esta decisión. El día 12 de abril de 2019, a falta de un mes para la entrega del presente trabajo, se produjo este hecho. Es por ello que este TFG se encuentra estructurado, fundamentalmente, en torno a la idea de que existiera la posibilidad de que la Corte aceptase el caso, siguiendo los cauces legalmente establecidos. Aún así, se ha realizado un esfuerzo para que el trabajo esté actualizado.

En el presente trabajo se estudiará la investigación que realizó la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre los hechos ocurridos en Afganistán, así como las dificultades que podría haber acarreado dicha investigación debido a intereses políticos, en especial de Estados Unidos.

En el primer capítulo del trabajo se expondrá el contexto del conflicto con el objetivo de entender Afganistán en la actualidad. Así, se estudiará tanto la influencia soviética en la zona como la posterior inestabilidad y la toma del poder por parte de los *muyahidines*. De la misma manera, y por lo que a la investigación de la Fiscalía de la CPI se refiere, se analizará el impacto de los atentados del 11 de septiembre ocurridos en EUA y la respuesta de la Comunidad Internacional, en especial del Estado afectado.

En el segundo capítulo se estudiará la vertiente jurídica del conflicto ante la Corte Penal Internacional. Este capítulo se dividirá, a su vez, en tres apartados: estudio de la jurisdicción de la CPI en el caso de Afganistán, así como la competencia (*ratione materiae*) y, por último, se analizará a qué sujetos se les imputa uno o varios delitos conforme al *Report* realizado por la Fiscalía de la CPI.

En el tercer capítulo se expondrá el artículo 16 del Estatuto de Roma (ER) y, de forma paralela, el motivo que podría haber llevado a la aplicación de esta regulación. Así, se hará un breve análisis de la intrahistoria entre la Corte Penal Internacional y EUA, desde la firma del Estatuto de Roma hasta la actualidad. De la misma manera se estudiará la aplicación del artículo 16 ER en el caso concreto teniendo en cuenta los precedentes. Por último se comentará desde un punto de vista crítico la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares rechazando la apertura de un asunto ante lo ocurrido en suelo afgano.

I. LA GUERRA DE AFGANISTÁN: PASADO Y PRESENTE

El Estado de Afganistán nace como tal en el año 1747. Este país, incluso antes de la creación formal como Estado, se caracteriza por ser el centro de guerras e invasiones. El Imperio Británico se hizo con el control del territorio afgano en el año 1837 hasta el año 1919, donde se firmó el Tratado de Rawalpindi, documento donde se materializa la independencia respecto del Reino Unido. A partir de este momento las fuerzas internas lucharon por el poder¹: dichas luchas se materializaron en un golpe de estado en 1973 y, posteriormente, en un “*régimen de corte comunista al que se opone la guerrilla islámica*”² en 1978. A dicho gobierno se le opuso gran resistencia por parte de guerrilleros afganos, hecho que obligó a la URSS a invadir el territorio con tal de mantener el régimen comunista.

1. Afganistán antes de los talibanes

Así, uno de los hechos que es necesario explicar es la invasión de Afganistán por parte de las fuerzas soviéticas. La Revolución Saur acaba con el régimen anterior liderado por Daoud, instaurando un régimen comunista. Dicho régimen entroncó con la manera de vivir y, especialmente, con la religión. El comunismo soviético se declaraba laico y, por obvias razones, tuvo problemas de asimilación por gran parte de la población afgana. El rechazo fue aumentando hasta acabar en una Guerra Civil. Finalmente, y con el fin de no dejar caer al Gobierno del país, la URSS decidió invadir el territorio, según queda afirmado en el informe elaborado por el propio Comité Central del Partido Comunista en el que se reconoce que la invasión se produjo para apoyar la denominada “*rebelión popular*” contra el presidente Amin³. El golpe de estado y asesinato de Amin fue llevado a cabo por tropas soviéticas dirigidas por el KGB (27 de diciembre de 1979) y fue sustituido por Karmal, cuya misión debía ser la unificación de las facciones del Partido

¹POZO, SERRANO, Pilar, *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, EUNSA, 2011, p. 37.

²FARAMIÑAN, J. M., *et al.*, *El conflicto de Afganistán*, Ministerio de Defensa, 2009, p. 16.

³BERENGUER LÓPEZ, Francisco, “La polarización política de la sociedad afgana y su fracaso democrático (1973-2001)”, *Revista de Estudios en Seguridad Nacional*, Vol. 3, No. 1 (2017), pp. 81-101.

Democrático Popular de Afganistán (PDPA) y la transformación del ejército y la sociedad⁴.

Se materializó, por tanto, en una lucha entre fuerzas soviéticas (que no ejército de Afganistán) contra los *muyahidín*. La diferencia armamentística era notable entre ambos grupos armados, aunque las campañas soviéticas generaban gran descrédito entre la población civil, pues frecuentemente eran objeto de los ataques. Mientras esto sucedía en territorio afgano, en suelo pakistaní se empezó a entrenar a los *muyahidines*, con envío armamentístico por parte de EUA y Arabia Saudí.

A partir del 1983 avanzó el ejército soviético con el fin de acabar con los puestos controlados por la resistencia. Aunque en un principio se mostró más resistencia de la esperada (gracias a las armas que se habían obtenido de parte de ciertos países), ya en 1986 dicha resistencia fue disminuyendo. A pesar de esto, en el seno de la URSS, especialmente con Gorbachov, no estaban satisfechos con el transcurso de la guerra. Con los Acuerdos de Ginebra finalmente se pactó que la URSS abandonara el país, hecho que se materializó el 15 de febrero de 1989⁵.

Como se ha dicho, Pakistán, Arabia Saudí y EUA fueron quienes financiaron a los *muyahidines*. Peshawar fue el centro de entrenamiento de dichos combatientes, creándose en ese mismo instante una brigada de “*luchadores islámicos*” que utilizaron en el combate sistemas antiaéreos portátiles denominados “Stingers” y que resultaron muy eficaces contra los aviones soviéticos. También fueron de gran utilidad los túneles y cuevas naturales y artificiales para esconder y almacenar las armas⁶. En este momento empezó a dominar entre estos soldados el salafismo, que propugna por un Islam puro, por un Islam más radical. Afganistán fue el punto de partida para que nuevos combatientes lucharan allí donde el Islam fuera “atacado”. Es en este momento donde nace la figura de Osama Bin Laden. En un principio empezó a gestionar dinero y dirigir programas de entrenamiento para los

⁴ *Ibid.*

⁵ Agreement on the interrelationship for the settlement of the situation relating to Afghanistan, parágrafo 5, Acuerdos de Ginebra (1988), disponible en: <https://peacemaker.un.org/node/641>

⁶ MURPHY, John F., “Afghanistan: hard choices and the future of International Law”, *International Law Studies*, vol. 85, pp. 79-107, p. 81.

muyahidines en el año 1986. Esto le sirvió como medio para contactar con otras figuras del mundo radical islámico. Ya en 1989 se crea Al Qaeda con el fin de coordinar los movimientos de dicho mundo radical islámico. El mundo occidental y, en especial, los EUA pasaron a ser el objetivo de dichas organizaciones pues consideraban como un obstáculo para la materialización de la dominación musulmana.

El conflicto armado no acabó con el abandono por parte de la URSS; los rebeldes siguieron presionando al gobierno de Afganistán. Lo cierto es que con la retirada de la URSS, el apoyo económico soviético no desapareció, siendo difícil pues para los *muyahidines* resistir durante el conflicto. La muerte del presidente de Pakistán y la destrucción armamentística fueron ejemplo de la presencia soviética en el conflicto⁷. No es hasta que la URSS deja de ayudar al Gobierno afgano cuando finalmente Najibulá deja el ejecutivo. A partir de aquí se formó un gobierno alterno, donde estarían presentes diferentes formaciones políticas. Lo cierto es que Rabanni, líder de la facción político-militar Jamiati Islami, en un momento dado rechazó esta alternancia en el ejecutivo mientras que los talibanes iban ganando cada vez más fuerza⁸.

Debido a enfrentamientos entre dichos grupos políticos (una suerte de señores de la guerra) se provocó gran inestabilidad en el gobierno; de nuevo, se produjeron enfrentamientos entre afganos por el control del ejecutivo, pero ninguno de ellos se materializó en la toma del poder de manera inequívoca.

2. Período 1994-2001

A partir del año 1994, el movimiento talibán se fortalece: con la ayuda de Pakistán, comienzan a ganar terreno tanto a los señores de la guerra como al gobierno del momento. A través de diversas batallas, los talibanes se hicieron con gran parte de Afganistán. La influencia del Gobierno de Rabbani cada vez era

⁷FARAMIÑAN, *El conflicto*, cit., p. 46.

⁸POZO SERRANO, Pilar, *La guerra*, cit., p. 49.

menor, quedando su presencia únicamente en el norte del país y Kabul, con el apoyo popular, en manos de los talibán⁹.

Durante los asedios talibanes, fueron palpables las vulneraciones de los Derechos Humanos. El trato hacia los chiitas, y especialmente hacia las mujeres, entre otros episodios, puso el foco internacional en este país y en las acciones llevadas a cabo por estos combatientes¹⁰.

Es en 1996 cuando Osama Bin Laden se traslada a Afganistán. Se hizo un pacto entre fuerzas talibanes, en especial el mulá Mohamed Omar, y Bin Laden: se ofrecía cobijo a Bin Laden a cambio de “importantes contribuciones económicas al ejército talibán”¹¹. Fue una unión que benefició a ambos actores. Ya en 1998, con los atentados de las embajadas de Kenia y Tanzania, se pone el foco en Bin Laden; es en este momento donde el régimen talibán se niega a entregarlo.

En 1996 Omar se alza en el poder, pasando a ser el Jefe de Estado de Afganistán. Paralelamente, en el mismo año, los hombres del gobierno de Rabbani, junto con otros grupos, formaron la Alianza del Norte o Frente Unido en la parte norte de país, controlada por los muyaidin. Formaban parte de la Alianza diversos grupos étnicos, entre los que se encontraban los tayikos, liderados por Ahmed Sha Masud, que dirigió estas fuerzas militares hasta que fue asesinado en 2001¹². Hay que destacar que el gobierno de Rabbani era el único reconocido por Naciones Unidas. Aunque los talibanes se hicieron con el control *de facto* del territorio de Afganistán, siguió existiendo el conflicto interno con la Alianza del norte. Desde entonces hasta la intervención estadounidense en 2001, se prolongó una guerra civil que presentaba un nuevo escenario: los talibán contra todos los demás, que eran muchos y muy variados¹³.

⁹BAQUÉS QUESADA, Josep *Quo Vadis Afganistán?* Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2010, pp. 211-212

¹⁰ *Ibid.* p. 212.

¹¹ FARAMIÑAN, *El conflicto*, cit., p. 54.

¹² COCONI, Luciana, *Afganistán: Ante la encrucijada de la reconstrucción* TFM, UB 2007, p.22.

¹³ BAQUÉS QUESADA, Josep, cit., p.141.

3. Los atentados del 11-S y la respuesta al ataque

En todo caso, y sin tener en cuenta las innumerables disputas de poder que existieron que no son objeto de este trabajo, cabe destacar los actos terroristas perpetrados el día 11 de septiembre en Estados Unidos, atribuidos a Al Qaeda y con Osama Bin Laden al frente. El ataque lo llevaron a cabo apenas una veintena de hombres armados únicamente con cuchillos, pero el alcance de su planificación dejó tres mil muertos y un nuevo orden mundial¹⁴. La ofensiva a la primera potencia hizo que ésta se sintiera vulnerable, pero al mismo tiempo empezó una lucha implacable para buscar a Bin Laden, que incluía una acción militar en Afganistán. Cabe recordar, pero, que los ataques terroristas que sufrieron Estados Unidos fueron realizados por terroristas y no por el Estado de Afganistán. Por tanto, la cuestión que aquí es relevante es la de si era correcta la decisión de imputar cierta responsabilidad a Afganistán aún cuando este Estado no había participado en los atentados.

En este sentido, es importante tener en cuenta el artículo 51 de la CNU, relativo a la acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión y la utilización de la legítima defensa entendido como excepción al principio general de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza¹⁵, pues sirvió de base para que EUA decidiera intervenir: *“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inminente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o*

¹⁴ PFAFF, William, “11-s y el orden mundial”, *Política Exterior*, n° 90 (2002).

¹⁵ Para saber más: KUNZ, Joseph L., “Individual and collective self-defence in article 51 of the Charter of the United Nations”, *AJIL*, 41(4), 1947, p. 872-879; GREIG, D. W., “Self-defence and the Security Council: what does article 51 require?”, *ICLQ*, 40(2), 1991, p. 366-402.; NOLTE, George; RANDELZHOFFER, Albrecht, “Article 51”, in SIMMA, Bruno; *et. al.*, (eds.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, vol. 2, 3rd ed., OUP, 2012, p. 1397-1428.

restablecer la paz y la seguridad internacionales”¹⁶. De la literalidad del artículo se deduce que la legítima defensa es reconocida entre Estados, por lo que este derecho se ha planteado tradicionalmente en el marco de un conflicto entre entes estatales¹⁷. Ahora bien, si nos hallamos ante ataques llevados a cabo por particulares, como en este caso, se deberá probar la atribución de estos actos al Estado en cuestión¹⁸.

Así lo reconoce también el profesor Gutiérrez, que en su opinión, el ataque terrorista no fue un ataque sin más: esto es, se podría equiparar a ataques armados¹⁹. Esto referente no sólo al alcance del ataque sino al resultado final conseguido.

Pues bien, el Consejo de Seguridad entendió que el citado artículo 51 CNU era perfectamente aplicable al caso. Muestra de ello son las Resoluciones 1368 y 1373 de 12 y 28 de septiembre de 2001, respectivamente²⁰. La primera de ellas reconoce el derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas ante los ataques perpetrados en Nueva York, Washington, D.C. y Pennsylvania. De igual forma, insta a todos los Estados a que colaboren para someter a la justicia a los organizadores, patrocinadores y colaboradores de estos ataques, declarándose dispuesto a tomar las medidas necesarias para responder a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en particular y a combatir el terrorismo en todas sus formas.

Por otro lado, la Resolución 1373 reafirma la resolución anterior condenando inequívocamente los ataques y también que todo acto de terrorismo internacional constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales²¹. Para ello, la

¹⁶ Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

¹⁷ OKIMOTO, Keiichiro, “The cumulative requirements of *jus ad bellum* and *jus in bello* in the context of self-defence”, *Chinese Journal of International Law*, 11, 2012, p. 60.

¹⁸ En el caso concreto de Afganistan: BYERS, Michael, “The intervention in Afghanistan-2001”, in RUYS, Tom, *et al.*, *The use of force in International Law. A case-based approach*, OUP, 2018, p. 626-638, p. 633.

¹⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S”, *Anales de Derecho*, número 19 (2001), p. 3.

²⁰ Resolución 1368 (2001), S/RES/1368 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001; Resolución 1373 (2001), S/RES/1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

²¹ Resolución 1373 (2001), S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, parágrafo 3.

resolución insta a los Estados a tomar una serie de medidas concretas destinadas a combatir el terrorismo, como es a grandes rasgos, la prevención de la financiación de todo acto terrorista, la abstención de apoyo o colaboración de personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, especialmente impidiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas así como el abastecimiento de armas, la cooperación entre Estados en los procedimientos penales relacionados con la financiación de actos terroristas o que se impida la circulación de terroristas mediante controles eficaces de fronteras y documentos de identidad que eviten la falsificación. Así, exhorta a los Estados a que intensifiquen la cooperación para encontrar los medios apropiados orientados a combatir el terrorismo y a vigilar escrupulosamente las disposiciones legislativas nacionales e internacionales tendentes a evitar el tránsito de terroristas. Dispuesto al cumplimiento de dicha Resolución, se decide establecer un Comité del Consejo de Seguridad integrado por todos los miembros del Consejo para que verifique la aplicación de la misma e indiquen las medidas adoptadas por cada Estado en la lucha contra el terrorismo internacional.

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), a su vez, se ha encargado de establecer una serie de condiciones generales para la correcta aplicación del artículo 51 de la CNU a lo largo de su Jurisprudencia: que exista un previo ataque armado, respuesta necesaria y proporcional y, por último, se debe dar a conocer al Consejo de Seguridad la situación, con el fin de que este órgano adopte las medidas que crea conveniente²² con la única finalidad de limitar el uso de la legítima defensa y cumplir con el art. 2.4 de la Carta, que excluye de la legalidad la defensa preventiva.

Respecto al primer requisito, en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974 se establece que *“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de*

²² HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, “Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional (ARI), n°10/2008-14/1/2008, disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI10-2008 [visitado el día 25.11.2018]

*Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad*²³, siendo el concepto del uso de la fuerza más amplio que el de agresión. La Resolución dedica el capítulo 3 a concretar los actos a los que se pueden responder con la legítima defensa, aunque el Consejo de Seguridad determinará en última instancia cuáles constituyen agresión de acuerdo a la Carta²⁴. En segundo lugar, *necesidad* en tanto que EUA hubo de realizar su propio juicio valorativo de si era necesaria la intervención con tal de acabar con Al-Qaeda y que a juicio de la Profesora HINOJOSA MARTÍNEZ cumplió con tal requisito²⁵. El requisito de necesidad implica que es el único medio disponible para repeler la agresión, siendo imprescindible que haya un ataque armado y que el uso de la fuerza armada se realice contra el territorio de otro Estado²⁶. Aunque siendo un término controvertido, la CIJ se inclina más por entender la necesidad no tanto como la última alternativa después de contemplar otras opciones pacíficas, sino como la medida más adecuada para repeler el ataque armado²⁷ y *proporcional* en tanto que, de nuevo según la visión de la citada autora, en una visión global, las acciones fueron proporcionales. En este sentido, se entiende que, para cumplir este requisito, el nivel de fuerza será el necesario para poner fin al ataque. De nuevo, el término da lugar a otras interpretaciones que consideran que la legítima defensa puede adquirir proporciones que no se ajusten a la agresión, siempre que no sean excesivas²⁸. En tercer y último lugar, se debe informar al Consejo de Seguridad, hecho que se materializó el día 7 de octubre de 2001.

Pues bien, como se ha dicho, la aplicación de dicho artículo fue controvertida. A pesar de que algunos autores han defendido la legalidad de esta decisión, no hay

²³ Artículo 2 de la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la definición de la agresión.

²⁴ CERVELL HORTAL, María José, *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo. Nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017 p.87

²⁵ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, “Irak y Afganistán”, *cit.*

²⁶ REGUEIRO DUBRA, Raquel, *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario General Gutierrez Mellado, UNED 2012 p.95.

²⁷ CERVELL HORTAL, *La legítima defensa*, *cit.*, p. 136.

²⁸ *Ibid*, p.138.

indicios de la existencia de una conexión entre los talibanes y los autores (materiales o intelectuales) de los atentados²⁹. Es más, y siguiendo con las tesis de GUTIÉRREZ ESPADA, no sería una interpretación ajustada a derecho el catalogar como *agresión indirecta* el papel ejercido por Afganistán³⁰. Ya la Corte Internacional de Justicia en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* concluyó que para determinar la responsabilidad de un Estado (en ese caso Estados Unidos) es necesario que este Estado posea el control efectivo de las operaciones³¹. Este hecho no quedó demostrado en el caso de Afganistán.

4. Afganistán post 11-S

El día 7 de octubre de 2001 Estados Unidos atacó a Afganistán en respuesta a los atentados yihadistas, en el marco de la Operación Libertad Duradera. El objetivo era destruir los campos de entrenamiento e instalaciones militares de los talibanes³². El cambio de gobierno fue premisa en las operaciones estadounidenses; la intención era, precisamente, realizar una transformación en el ejecutivo que durante mucho tiempo había dado cobijo a Al-Qaeda. Aunque dicha transformación supusiera una tarea más complicada que simplemente derrotar a Al Qaeda puesto que exigía, entre otras cosas, una adaptación al conjunto de Derechos Humanos, civiles y políticos en el nuevo aparato de Estado³³.

4.1 Período 2001-2005

En fecha 13 de noviembre de 2001 el Gobierno talibán abandonó Kabul. Cabe destacar el Acuerdo sobre Órdenes Provisionales en Afganistán hasta el Restablecimiento de un Gobierno Institucional Permanente³⁴, el llamado Acuerdo de Bonn. El objetivo de las partes era restablecer el orden en Afganistán mediante

²⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Sobre la respuesta”, *cit.*, p. 51-53.

³⁰ *Ibid*, p. 5.

³¹ Sentencia de la CIJ en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, en su párrafo 115.

³² *Presidential Address to the Nation*, 7 de octubre de 2001.

³³ REISMAN, Michael W., “International Legal Dynamics and the Design of Feasible Missions: the Case of Afghanistan”, *International Law Studies*, n° 85, pp. 59-75, p. 68-69.

³⁴ Disponible en: <https://www.un.org/News/dh/latest/afghan/afghan-agree.htm>

el establecimiento de un nuevo Gobierno. Esto se materializó en la creación de la Autoridad Provisional. Así, se nombró a Karzai nuevo presidente del ejecutivo de manera temporal. La materialización del Acuerdo se completó con la Constitución de Afganistán (2004), celebración de elecciones presidenciales (2004) y celebración de elecciones a la Asamblea General (2005)³⁵. El Pacto pretendía definir el futuro de Afganistán creando un gobierno de unidad multiétnico donde estuvieran representadas la mayoría de etnias con un mandato de seis meses, para dar paso a una autoridad de transición durante dos años y que culminaría en elecciones. Mediante la Resolución 1386 (2001)³⁶, el Consejo de Seguridad decide crear la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) con el objetivo de mantener la seguridad en Kabul y alrededores. Para ello, exhorta a todos los Estados Miembros a que aporten personal, equipo o cualquier otro recurso a la Fuerza Internacional a la vez que le insta a trabajar estrechamente con la Autoridad Provisional Afgana³⁷. Asimismo declara que los gastos de la asistencia para la seguridad serán sufragados por los Estados Miembros que participen, estableciendo para ello un fondo fiduciario con contribuciones de los mismos.

La idea era que el ISAF fuese un órgano complementario a los ya existentes en terreno afgano (especialmente ejército y policía). Es preciso señalar que el fundamento jurídico del ISAF es, por una parte, el mismo Acuerdo de Bonn, y, por otra, la mencionada Resolución 1386.

Aunque entre la Operación Libertad Duradera (OLD) y la ISAF había colaboración, existían diferencias entre sí. Si bien el objetivo era complementar a las fuerzas afganas, la primera tiene como base la legítima defensa comentada anteriormente, y la ISAF nace con el visto bueno de Afganistán y bajo el control del Consejo de Seguridad. La OLD fue anunciada como un elemento dentro de un conflicto armado con el objetivo de dar caza a Al-Qaeda; lo cierto es que estas operaciones, gran parte de ellas aéreas, fueron más allá del territorio afgano. Las

³⁵ Pacto para Afganistán previsto por el Acuerdo de Bonn en su anexo III, punto 3, disponible en: <https://peacemaker.un.org/afghanistan-bonnagreement2001>

³⁶ Resolución 1386 (2001), S/RES/1386 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4443ª sesión, celebrada el 20 de diciembre de 2001

³⁷ *Ibid*, parágrafo 1.

operaciones llevadas a cabo por la ISAF se centraron en Kabul y sus alrededores y, en su mayoría, fueron operaciones en defensa propia, respondiendo a ataques concretos³⁸.

La OTAN, por su parte, se fue haciendo progresivamente con el control de la ISAF. Si bien el control del mando era rotativo entre Estados, finalmente fue la OTAN quien asumió dicho poder, siendo autorizados por el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1510³⁹. En ella se autorizaba la ampliación del mandato de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad a prestar apoyo a la Autoridad Provisional Afgana por un periodo de 12 meses. De forma paralela, el día 3 de diciembre de 2003 se lleva a cabo la Operación Avalancha. En dicha Operación, según diferentes medios⁴⁰, EUA desplegó a 2.000 soldados con el fin de acabar con la resistencia que había resurgido de nuevo en Afganistán.

En clave puramente interna, el día 4 de enero de 2004 se proclama la nueva Constitución de Afganistán. Así, la Carta Magna establece en su artículo 2 que la religión sagrada del Islam es la religión de la República Islámica de Afganistán, aunque permite los seguidores de otras religiones dentro de los límites de la ley. También reconoce la igualdad de derechos de los ciudadanos en el artículo 8 y 22, quedando prohibido cualquier tipo de discriminación entre los ciudadanos de Afganistán así como entre hombres y mujeres, a los que se les reconocen los mismos derechos y deberes. Por otro lado, en el artículo 60, la Constitución contempla un Parlamento elegido democráticamente y contará con dos Vicepresidencias que lo acompañarán en su carrera presidencial⁴¹.

De la misma manera se introducen elementos referentes a los Derechos Humanos en la Carta, reconociendo la Declaración Universal de Derechos Humanos; se reconocen derechos laborales (como el acceso al trabajo); se establece que tanto hombres y mujeres tienen los mismos derechos y deberes ante la Ley etc. En

³⁸MURPHY, John F., "Afghanistan: hard choices", *cit.*, p. 92.

³⁹ Resolución 1510 (2003), S/RES/1510 (2003), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4840ª sesión, celebrada el 13 de octubre de 2003.

⁴⁰Véase "Estados Unidos lanza una gran ofensiva militar en Afganistán", disponible en: https://elpais.com/diario/2003/12/09/internacional/1070924418_850215.html [visitado el 27.04.2019].

⁴¹Constitución Afgana, 4 de enero de 2004, disponible en: <https://president.gov.af/en/afghan-constitution-2/>

suma, intenta corregir errores que se cometieron en el pasado mediante la adopción de un sistema democrático.

En este contexto el día 9 de octubre Hamid Karzai es elegido, democráticamente, presidente de Afganistán. Durante el año 2005, tanto la OTAN como la Alianza Atlántica deciden presionar a los grupos talibanes y afines, aumentando el número de soldados y el área de acción.

4.2 Período 2006- actual

La Comunidad Internacional decidió en el año 2006, mediante una Conferencia celebrada en Londres, aumentar la ayuda económica para volver a construir Afganistán. Asistieron más de sesenta países y organizaciones internacionales y fue presidida por Toni Blair, Hamid Karzai y Kofi Annan⁴² y en ella se forjó un plan de desarrollo hasta 2010 acordando la aportación de 10.500 millones de dólares destinados en su mayor parte a la reconstrucción de infraestructuras de agua y saneamiento, carreteras, educación y salud. En la Conferencia se pudo observar que a pesar del crecimiento económico y el establecimiento progresivo de un sistema democrático, existían carencias importantes como la pobreza, el analfabetismo, las infraestructuras y una gran economía basada en la producción de opio. Por tanto, se trataba de empezar a construir desde el principio y forzar a que funcionaran las nuevas instituciones. Este pacto, llamado Plan Compacto para Afganistán, buscó en definitiva, materializar los cambios que se estaban dando en el país, no sólo en la lucha contra los talibanes rebeldes sino también en materias como la lucha contra el cultivo de opio, respeto a la Ley o a los Derechos Humanos, lucha contra la corrupción, entre otras materias. Las ayudas para la reconstrucción de Afganistán se volvieron a producir en las Conferencias de Donantes de París en 2008 y La Haya en 2009⁴³.

El día 20 de enero de 2009, Barack Obama tomó posesión como Presidente de los Estados Unidos. En un inicio aseguró que una de sus prioridades sería acabar con

⁴²CALVILLO CISNEROS, José Miguel. *Afganistán: Seguridad y desarrollo. Un modelo de estabilización de estados*. Centro Estudios Iberoamérica, Cáceres 2013, p.145.

⁴³*Ibid*, p. 138.

la guerra en Afganistán.⁴⁴ Lo cierto es que en un lapso de 12 meses, ese discurso cambió al igual que la estrategia militar de EUA en suelo afgano. Mientras Karzai jura (por segunda vez) mandato como Presidente, Obama decide aumentar el número de tropas en Afganistán. Así pues, en palabras del Presidente de EUA, *“he decidido que es vital para nuestros intereses nacionales el envío de 30.000 soldados estadounidenses adicionales a Afganistán. Después de 18 meses, nuestras tropas empezarán a regresar a casa. Éstos son los recursos que necesitamos para retomar la iniciativa, a la vez que ampliamos la capacidad de Afganistán para poder permitir una transición responsable de nuestras tropas y salir de Afganistán”*⁴⁵. En dicho discurso se afirmó que en 2011 los soldados estadounidenses abandonarían el país. La realidad es que, a día de hoy, con el presidente Ashraf Ghani, siguen presentes las tropas estadounidenses en Afganistán, si bien en menor medida.

Respecto a la figura de la OTAN, en 2014 anunciaron su retirada de suelo afgano. La transición para que Afganistán tomara el liderazgo de la seguridad comenzó en 2011, completándose en diciembre de 2014, cuando la ISAF entregó sus funciones a las autoridades afganas. Sin embargo, el 1 de enero de 2015 la OTAN lanzó la Misión de Apoyo Resuelta (RSM) cuyo objetivo era el asesoramiento a las fuerzas e instituciones de seguridad afganas, contando con la presencia de soldados estadounidenses y de la OTAN⁴⁶.

Esta guerra, la iniciada el 2001 a raíz de los atentados terroristas, ha sido catalogada, por algunos medios, como inútil, ineficaz e imposible, entre otros muchos calificativos⁴⁷. Desde un inicio esta guerra pudo responder a una

⁴⁴Discurso Inagural de la toma de posesión del Presidente Barak Obama, en: https://elpais.com/internacional/2009/01/20/actualidad/1232406016_850215.html [Visitado el día 25.10.2018].

⁴⁵Discurso de Obama sobre su estrategia en Afganistán, el 02/12/2009 en: https://elpais.com/internacional/2009/12/02/actualidad/1259708410_850215.html [Visitado el día 25.10.2018].

⁴⁶ OTAN y Afganistán https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_8189.htm.

⁴⁷Veáse: “Afganistán: una guerra larga e inútil”, en: <https://www.elspectador.com/opinion/afganistan-una-guerra-larga-e-inutil-columna-710534>; “Estados Unidos no puede ni ganar la guerra en Afganistán, ni ponerle fin ni salir del país, en: https://www.eldiario.es/theguardian/Unidos-Afganistan-puede-guerra-pararla_0_767473615.html; Por qué Afganistán es hoy más peligroso que nunca, en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45533726>.

estrategia geopolítica. Así, en 2001, se pudo entender a Afganistán como un espacio el cual sirviera como trampolín al poder occidental pues Afganistán no ofrecía recursos, a diferencia de Irak y su petróleo⁴⁸. De acuerdo con FARAMIÑÁN, esta “occidentalización” de Afganistán entronca con la historia de este pueblo, reacio a ocupaciones extranjeras (por poner un ejemplo, la influencia de la URSS)⁴⁹.

Las consecuencias de esta política occidental puede verse resumida en cuatro grandes bloques: no existe una reconstrucción real de Afganistán al igual que hay tolerancia respecto a la corrupción (provocando así un descontento generalizado de los afganos por la negligencia gubernamental); la única preocupación de EUA y sus aliados es la insurgencia talibán y no el día a día de la población; se ha tratado de mantener un gobierno central el cual más allá de Kabul no ostenta poder real; EUA ha utilizado a la OTAN como escudo en muchas de sus operaciones, además de que dichas operaciones (y su eficacia) difieren de lo narrado por los medios afines⁵⁰.

Como se ha dicho anteriormente, el factor étnico (y religioso) es un factor que debe tenerse en cuenta en la contextualización del conflicto; por eso, es necesario estudiar este elemento con tal de comprender el trasfondo de Afganistán.

4.3 Estudio étnico

En Afganistán encontramos hasta 25 etnias, repartidas en diferentes países fronterizos, lo que hace que las relaciones entre ellos tengan un carácter singular. Sin embargo, y aunque existen otros grupos, la mayoría de la población se encuentra entre los dos mayoritarios: los pashtunes y los tayikos. Los primeros representaban en 2011 el 35% de la población, concentrándose mayoritariamente en el este y el sur del país. Los pashtunes siempre han dominado la política y ya en el S. XVIII el rey AhamdShaha Durani, considerado el fundador de Afganistán, bautizó al país con ese nombre. Son de origen indoeuropeo y

⁴⁸HEROLD, M. W., *Afganistán como un espacio vacío. El perfecto Estado neocolonial del siglo XXI*, Foca, 2007, p. 278.

⁴⁹ FARAMIÑÁN, J. M., *et al.*, *El conflicto*, cit., p. 148.

⁵⁰HEROLD, M. W., *Afganistán como un espacio vacío*, cit., p. 280-283.

practicantes del sunismo. Se dividen en tres confederaciones que se subdividen a su vez en tribus y clanes, siendo frecuente las disputas entre ellos. Su idioma es el Pashto y su estructura social es el Pashtunwali, el código tribal. Por su parte, los tayikos se caracterizaban por tener los niveles de educación más altos y tenían el monopolio del clero, la administración, las universidades y las profesiones liberales, lo que ha dado lugar a enfrentamientos con los pashtunes por el control del poder. Se concentran en Kabul y en las provincias del norte y noroeste.⁵¹

En Afganistán encontramos también a los Hazara, Uzbekos, Turkmenos, Nuristanis y otros grupos étnicos que han provocado en el país episodios de racismo y violencia multiétnica argumentando las diferencias étnicas, ideológicas o religiosas. Desde el punto de vista étnico, los conflictos han tenido diferentes caminos: la monarquía pastún, instalada durante 230 años fue liquidada con la intervención soviética en 1978. La guerra civil entre 1992 y 1996 contra la ocupación soviética, en la que intervinieron diferentes grupos de *muyahidines*, (combatientes de la *yihad*) cada uno con sus propias características étnicas. En el último período, 1996-2001 gobernaban los talibanes, de origen pashtún.⁵² El movimiento talibán fue fundado por el gobierno y los servicios secretos de Pakistán como oposición al presidente tayiko Ustad Rabbani. Los talibanes, con el Mulá Omar al frente, provocaron duros enfrentamientos étnicos y acabaron con los granjeros y campesinos tayikos de las provincias del norte de Kabul.⁵³

Los talibanes eran mayoritariamente estudiantes de religión, que interpretaban el islam de una manera radical e integrista y que se habían formado en las escuelas fronterizas entre Afganistán y Pakistán, donde, en este último país habían sido educados en la visión más radical después de refugiarse durante la ocupación soviética. Estos jóvenes desarraigados y sin futuro creían en el Islam inculcado por los mulás aldeanos y encontraron su objetivo en establecer un Estado

⁵¹BEHZAD, Rasheed, “La estructura social en Afganistán” *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 63 (2011), p.2

⁵²GUNNAR SIMONSEN, Sven, “El puzzle étnico”, *Afganistán ¿el Iraq de Obama?*, Vanguardia Dossier, nº 31, abril/junio 2009, p.45

⁵³BEHZAD, Rasheed, “La estructura”, *cit.*, p.4

fundamentalista en Afganistán que lo retrocedía a la Arabia del S.VII mediante el la represión y la fuerza ⁵⁴.

El conflicto entre suníes y chiitas se remonta al año 632, tras la muerte de Mahoma y la preocupación por conservar la unidad de la Umma (comunidad islámica). La división se produjo entre quienes mantenían que la herencia política de Mahoma debía permanecer entre su clan familiar y apoyaban a su primo Alí, y los que creían que únicamente era necesario haber colaborado con él. Sin embargo, hasta un siglo después de estas disputas no se empezó a vislumbrar claramente las diferencias religiosas entre ambos, que, a pesar de todo, comparten el Corán y la peregrinación a la Meca, siendo la estructura del liderazgo lo que más les separa, pero, según el autor, el factor religioso resulta más atractivo para reclutar soldados⁵⁵. Sin embargo, en la actualidad el conflicto se relaciona más con motivos económicos y políticos, especialmente desde la revolución iraní de 1979, en el que una revolución religiosa tomó el poder político y sigue aún gestionando como una teocracia. Absolutamente opuesto a Arabia Saudí, sunita y defensora del wahabismo, Irán fue atacada en los 80 por Irak con el apoyo de EEUU y la mayoría de los países árabes sunitas. Irán se ha aliado con la población chiita de países cercanos y con Qatar, que a pesar de ser sunita, comparte con Irán una parte importante de reserva de gas⁵⁶.

En el caso de Afganistán, aunque es cierto que una gran mayoría de los talibanes eran (y son) sunitas, no todos ellos formaban parte de esta rama del Islam⁵⁷ por lo que sería incorrecto llegar a la conclusión que los motivos que han llevado a estos grupos a cometer los hechos, que podría llegar a conocer la CPI, se deben a una concepción suní del conflicto.

⁵⁴ COCONI, Luciana, *Afganistán: Ante la encrucijada*, cit., p.21

⁵⁵ DEMICHELIS, Marco, "El conflicto entre sunitas y chiitas: una guerra civil religiosa de propaganda en el Islam", *Vida Universitaria*, Universidad de Navarra, junio 2017 <https://www.unav.edu/web/vida-universitaria/detalle-opinion2/2017/06/20/el-conflicto-entre-sunitas-y-chiitas-una-guerra-civil-religiosa-de-propaganda-en-el-islam?articleId=14511250>

⁵⁶ DEMICHELIS, Marco, "El conflicto", cit.

⁵⁷ BURBÁNO, Herán, "Los talibanes: guerra, terrorismo y geopolítica en Afganistán", *Revista Nova et Vetera*, volumen 31, edición 31, Universidad del Rosario.

4.4 Hechos

La guerra iniciada contra Afganistán, al que EEUU culpaba de los atentados del 11S, tuvo su inicio en la Operación Libertad Duradera con el objetivo de encontrar a Bin Laden, supuestamente refugiado en ese país y cuyo gobierno islamista lo representaba el mulá Omar. Se atacaron objetivos en Kabul, Kandahar y Jalalabad, y según declaró el presidente Bush, contaba con la colaboración de “buenos amigos”, entre los que se encontraba Gran Bretaña, Canadá, Australia, Alemania y Francia, que se irían incorporando de manera progresiva⁵⁸.

Así se inició una guerra donde se implicaron a varias partes y objetivos, impidiendo un final rápido y con el mínimo número de bajas. En una carta que EEUU envía al Presidente del Consejo de Seguridad el 7 de octubre de 2001, ya deja de manifiesto las actuaciones que adoptará Estados Unidos en el ejercicio de su legítima defensa ante el ataque del 11 de septiembre: *“Los atentados del 11 de septiembre de 2001, y la continua amenaza que la organización Al Qaeda representa para Estados Unidos y sus nacionales han sido posibles porque el Gobierno talibán ha permitido que partes del territorio de Afganistán bajo su control fueran utilizadas como base de operaciones. A pesar de todos los esfuerzos de Estados Unidos y de la comunidad internacional, el Gobierno talibán se ha negado a modificar su política. En Afganistán, Al Qaeda continúa preparando y entrenando agentes terroristas que atentan contra personas inocentes en todo el mundo y que dirigen sus ataques contra nacionales de Estados Unidos y contra intereses estadounidenses en el exterior”*⁵⁹. Es claro que para EUA habían dos claros enemigos, Al Qaeda y el Gobierno talibán y como sostiene el profesor Reisman, si se hubiera identificado como enemigo solamente al primero, la actuación de la legítima defensa hubiera sido mucho más corta. Sin embargo al actuar paralelamente sobre el Gobierno talibán, la estrategia militar pasaba por un cambio de régimen, lo que suponía, en este caso, la reconstrucción de las estructuras del Estado, y por lo tanto, un proyecto a largo plazo⁶⁰.

⁵⁸ COCONI, Luciana, *Afganistán: Ante la encrucijada*, cit., p.33

⁵⁹ Carta de John D. Negroponte, representante de EEUU ante la ONU al Presidente del Consejo de Seguridad, el 7 de octubre de 2001, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/sept11/un_006.asp

⁶⁰ POZO SERRANO, Pilar *La guerra*, cit., p.99

De esta manera, cuando los objetivos de la Operación Libertad Duradera fueron expuestos, incluía explicar a los líderes talibán la imposibilidad de albergar terroristas además de la obtención de datos de inteligencia sobre Al Qaeda, evitar la utilización del suelo afgano como una zona segura para terroristas y la destrucción del potencial militar talibán. Es decir, derrocar al régimen talibán y expulsar a Al Qaeda ⁶¹.

Con ese propósito, la Administración Bush de EEUU destinó todos los recursos económicos, políticos y militares necesarios, y con la ayuda de la Alianza del Norte, desorganizada tras la muerte de Massoud se enfrentó, por un lado a la difícil geografía del país y por otro a un durísimo ejército de muyaidines fortalecidos por conflictos entre ellos mismos y por veinte años de lucha con la URSS. El inicio de los bombardeos sobre Afganistán fue realmente efectivo, ya que las Fuerzas Especiales lograron infiltrarse en Afganistán y mostraron los puntos sobre los que se debía atacar por el aire. Este ataque inicial y el control que la Alianza del Norte tenía sobre el diez por ciento del país, hizo huir a los talibanes, cuyos principales comandantes se retiraron a Pakistán y el resto de las fuerzas salieron de Kabul para refugiarse en las montañas. ⁶²

Una vez tomada Kabul, y controlada la zona norte, EEUU se desplazó dispuesto a tomar la zona sur, pero sobre todo a Kandahar, centro de poder talibán y residencia del mulá Omar y Bin Laden anteriormente. Sin embargo, no pudieron encontrar a ninguno de los dos, aunque sí tomaron el control de casi todo el país y se centraron en la búsqueda de Bin Laden, refugiado en las mismas montañas que sirvieron de refugio durante la ocupación soviética: las montañas de Tora Bora. También aquí fracasaron debido a la escasez de hombres sobre el terreno y las especiales características de la zona, que permitió que Bin Laden escapara a Pakistán. ⁶³

⁶¹ “Invasión a Afganistán”, Universitat de les Illes Balears, Càtedra Iberoamericana, en: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/renee/Invasion-a-Afganistan.cid222586> [visitado el 27.03.2019].

⁶² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carlos “La geometría variable del poder en política exterior III: La intervención de EEUU en Afganistán (2001-2002) y la guerra contra el terrorismo tras el 11S”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº 15 (2007), p.11.

⁶³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carlos “La geometría variable del poder”, *cit.*, p.12.

A pesar de eso, se consideró derrotado el régimen talibán y lo inmediato era el esfuerzo por reconstruir el país e instaurar un gobierno provisional encaminado a la estabilidad, dándose cita con ese objetivo en la Conferencia de Bonn, donde se reunieron la coalición encabezada por Estados Unidos y cuatro delegaciones afganas, entre las que no se encontraban los talibán. La Conferencia tuvo como resultado la promulgación de una nueva Constitución en enero de 2004 y la celebración de las primeras elecciones presidenciales de su historia en octubre del mismo año encabezadas por Hamid Karzai, muy bien aceptado por Washington. El Acuerdo de Bonn se completó con las elecciones parlamentarias y para los consejos provinciales en septiembre de 2005 y aunque se estableció un nuevo Gobierno, continuaba siendo un Estado dependiente de las ayudas externas. Por ese motivo, en la Conferencia de Londres de 2006 mas de sesenta donantes se comprometieron en el desarrollo del país entre 2006 y 2010 acordando el “Pacto por Afganistán”, que establecía los detalles de la asistencia de la comunidad internacional durante los años siguientes⁶⁴.

Los hechos que se han venido desarrollando des de los atentados del 11S no sólo han tenido como protagonista a Afganistán, sino que otros dos Estados se han visto implicados directamente en el conflicto por diferentes motivos. Por una parte Pakistán, que sufrió las consecuencias en primer lugar por ser un Estado fronterizo. En la primera guerra afgana contra la ocupación soviética en la década de los 80, millones de afganos se refugiaron en el país y formaron como combatientes musulmanes contra Afganistán. La CIA y el ISI paquistaní fomentaron la cultura *yihadista* contra los soviéticos, creando al mismo tiempo un importante ejército de milicianos islámicos que tras la retirada de la URSS, dejaron el país destruido desde el punto de vista social, económico y político.

4.5 Papel de Pakistán

Tras los atentados del 11S, Pakistán, sin quererlo, se volvió a ver implicada en un conflicto en el que no era parte. Los combatientes talibanes y Al Qaeda que huían

⁶⁴ELIZONDO, Luis, “Espacio para respirar: El humanitarismo en Afganistán (2001-2008)”, Madrid: Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, pp.11-13, en: https://eprints.ucm.es/9193/1/Espacio_para_Respirar_PP02-08.pdf (visitado el 19/3/2019).

de los ataques en Afganistán, se refugiaron en el país vecino, donde una frontera dominada a uno y otro lado por pastunes nunca fue respetada. Sin embargo, las fuerzas de la Coalición no contaron con que los talibanes, solamente fueron desplazados del poder, pero no derrotados, y se fueron estableciendo en las montañas o bien se integraron en la población local, lo cual hacía difícil la distinción entre unos y otros. Pakistán persiguió sin descanso a Al Qaeda pero no a los talibanes, donde algunos se fueron organizando en regiones tribales hasta llegar a contar con un movimiento talibán pakistaní cuyas reglas sociales operaban igualmente bajo el terror y la ley islámica más radical⁶⁵.

La economía de Pakistán se encontraba en el año 2000 -según el Banco Mundial- en extrema vulnerabilidad debido a una baja tasa de crecimiento económico, una deuda externa elevada y las sanciones impuestas en 1998 por organismos financieros internacionales tras la realización de ensayos nucleares. Aliarse con EEUU suponía no sólo ayuda económica, financiera y militar, sino que obtuvo el apoyo político para levantar las sanciones impuestas y legitimar su origen golpista. Para ello, tuvo que integrarse en la Coalición internacional y proporcionar apoyo de inteligencia y logística para las operaciones de la campaña militar en Afganistán, cediendo además su espacio aéreo.

El incremento de la talibanización llevó a la administración Bush a presionar a Musharraf para que intensificara las operaciones militares en la Áreas Tribales Federalmente Administradas (FATA), sobre todo en las zonas sur y norte de Waziristán. Tras dos atentados fallidos contra el presidente pakistaní -supuestamente organizados en esa zona- se incrementaron las acciones antiterroristas creando una fuerte hostilidad en las tribus waziris y desembocando en 2004 en un conflicto no declarado contra el ejército pakistaní. Se aliaron para tal fin a grupos tribales protalibán con los militantes talibán, Al Qaeda y el Movimiento Islámico de Uzbekistán salido de Afganistán en 2001⁶⁶

⁶⁵ZAHID HUSSAIN, "Pakistán, de aliado a amenaza", *Afganistán, ¿el Iraq de Obama?* Vanguardia Dossier n° 31(2009), pp.75-76.

⁶⁶BALTAR RODRIGUEZ, Enrique "EEUU y Pakistán en la guerra contra el terrorismo: disimetría y conflicto de intereses geopolíticos", *Estudios de Asia y África*, vol.53, nº3 (2018), en <https://estudiosdeasiayafrika.colmex.mx/index.php/ea/article/view/2329/2446>.

Las relaciones de Pakistán con EEUU y Afganistán se complicaron en 2006 cuando se le culpó del avance talibán como consecuencia de no controlar la frontera a pesar de la ayuda recibida y existía la sospecha de que Pakistán estaba desviando parte de los recursos para combatir el terrorismo hacia otros fines. Algunos autores señalan que el verdadero fin del gobierno pakistaní fue conseguir el compromiso de los diferentes grupos de no atacar a Pakistán⁶⁷. Ante este panorama, EEUU recurrió a la utilización de drones para combatir el terrorismo en las zonas tribales de Pakistán, pero ya no de manera selectiva, de tal forma que en 2008 fueron 290 los muertos ocasionados con este tipo de ataques frente a los 166 que se registraron durante los cuatro años anteriores. Como resultado de esta operación, los pakistaníes percibieron esta guerra como una cruzada antiislámica de EEUU y un ataque a su soberanía⁶⁸

Con un Pakistán cada vez más inestable como consecuencia de la continua actividad terrorista que iba alcanzando a todo el país, en 2009 el gobierno pakistaní anunció una gran ofensiva en Waziristán del Sur, que además de primer refugio de Al Qaeda tras su huida de Afganistán, también sirvió como centro de adoctrinamiento y entrenamiento de terroristas y suicidas, punto de origen de operaciones insurgentes y centro emisor de propaganda contra el gobierno pakistaní y donde el propio ejército contaba con la existencia de unos 10000 miembros y aliados del Movimiento Talibán de Pakistán.

Las consecuencias de esta ofensiva no podrían definirse como exitosa desde el punto de vista de las bajas militares y civiles, debido en gran parte a los constantes atentados promovidos por los talibán fuera de la región de ataque y convirtieron el año 2009 como el de mayor violencia registrada. Las causas fueron por un lado, las cinco operaciones contra insurgentes en un solo año y por otro, la intensificación de los atentados terroristas en el mismo periodo. Entre enero y diciembre de 2009, el total de incidentes fue de 2586, que causaron unas 3000 víctimas mortales y más de 7000 heridos. Esto supone un incremento de un 40% respecto al año anterior en cuanto a muerte por terrorismo, pero también hubo un incremento espectacular de atentados suicidas, que superó al 2008 en un 32% y

⁶⁷ POZO SERRANO, Pilar, *La guerra*, cit. p. 205

⁶⁸ BALTAR RODRIGUEZ, Enrique, "EEUU y Pakistán", cit.

arrojaron unas cifras de 1299 muertos y 3633 heridos.⁶⁹ Musharraf, en una entrevista a *The Guardian* reconoció públicamente haber apoyado a los talibanes afganos para debilitar al gobierno de Karzai, que, junto a India, estaban dañando los intereses de Pakistán. Este doble juego lo ha convertido también en víctima del terrorismo, que ha tenido como resultado, según el periodista paquistaní Muhammad Saleem, la muerte de más de 60000 personas (20000 de ellas civiles) entre 2003 y 2017. A pesar de todo, en los últimos 15 años EEUU ha entregado a Pakistán más de 17000 millones de euros en ayuda humanitaria, militar y de seguridad⁷⁰.

4.6 Papel de Arabia Saudí

Por lo que respecta a Arabia Saudí, sus relaciones con Pakistán y EEUU se remontan a finales de los años 80, cuando ayudaron a la resistencia afgana contra la ocupación soviética, destinando dinero y petróleo directamente a los afganos y a través de agencia de inteligencia pakistaníes (ISI). El periodista Ahmed Rashid asegura que entre 1980 y 1990 se entregaron casi 4000 millones de dólares en ayuda oficial a los muyahidines. Sin embargo, a raíz de la caída del gobierno de Najibullah en 1992, tanto Pakistán como Arabia Saudí ofrecieron la ayuda a los wahabíes, de tendencia radical islámica e instruidos por los saudíes y que formarían más tarde el núcleo del movimiento talibán.⁷¹

A pesar de las diferentes opiniones sobre los vínculos en los que se sustentaban las relaciones entre Arabia Saudí y los talibán parece existir consenso en que fue el factor religioso, concretamente la exportación del wahabismo lo que fundamentó el apoyo saudí a los talibanes con la esperanza de que evolucionarían hacia un Estado basado en esta corriente radical. Tras los atentados del 11S y la presión internacional, Arabia Saudí suspendió las relaciones oficiales con los talibanes, aunque eso no supuso que no mantuviera sus intereses en Afganistán.

⁶⁹ DE LA CORTE IBAÑEZ, Luis, “ Pakistán ante la amenaza yihadista: evolución y alcance de la respuesta estatal”, *Real Instituto Elcano*, nº 10 (2010) p.13-14

⁷⁰ BIOSCA AZCOITI, Javier, “EEUU, Pakistán y los oscuros vínculos con el terrorismo yihadista”, *El Diario.es*, 11/10/2017 en https://www.eldiario.es/internacional/Unidos-Pakistan-vinculos-terrorismo-yihadista_0_695381429.html

⁷¹ BRUNO, Greg “Arabia Saudí y el futuro de Afganistán” en *Afganistán, ¿el Iraq de Obama?* *Vanguardia Dossier nº 31*(2009), pp.82-86

Tanto que, en 2002 volvió a abrir su embajada en Kabul y mantuvo conversaciones con el nuevo gobierno para interesarse por nuevas inversiones en el país.⁷²

Sin embargo, su imagen se asoció al terrorismo después de conocerse que Bin Laden y 15 de los 19 terroristas que participaron en el 11S eran saudíes. Parecía haber una explicación convincente a este hecho y era que, debido a las buenas relaciones entre Arabia Saudí y EEUU, era fácil obtener visados, algo que Al Qaeda aprovechó para reclutar terroristas con esta nacionalidad.⁷³

Con todo, las relaciones entre Arabia Saudí y Afganistán persistieron en forma de ayuda alimentaria e inversiones puntuales hasta que en 2010, durante la Conferencia de Londres, Hamid Karzai hizo un llamamiento al Rey Abdallah para que mediara entre el gobierno afgano y los talibanes. El interés de Arabia Saudí por Afganistán respondía a tres motivaciones esenciales: la preocupación por Pakistán, la competencia con Irán y un posible reconocimiento político a nivel internacional.⁷⁴

El primero de estos motivos, Green considera que la guerra de Afganistán es una amenaza para Pakistán, un aliado estratégico de Arabia y cuya estabilidad es de vital importancia. Su interés, por tanto, es ayudar a la paz en la zona utilizando a los líderes religiosos afganos para lograrlo.

Otro motivo de interés es su histórica rivalidad con Irán, que ve a Afganistán como una zona de influencia y un espacio para la promoción de sus intereses políticos, estratégicos, económicos y culturales. Esta rivalidad, incrementada tras la Revolución Islámica de 1979 debido a la solidaridad que despertó Irán en el mundo musulmán, algo que Arabia Saudí quiso neutralizar desde dos vertientes: participando en la lucha afgana contra la URSS y financiando instalaciones educativas con el objetivo de difundir el islam wahabí.

⁷²*Ibid*, p.84

⁷³IGUALADA TOLOSA, Carlos, “La relación de EEUU y Arabia Saudí: evolución y motivos de su desgaste” en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 114, (2016), p.8.

⁷⁴ GREEN, R. “La política conflictiva de Arabia Saudita referente a la crisis de Afganistán”, *Instituto de Investigación de Medios del Medio Oriente*, nº 601 (2010)

Por último, la mediación en Afganistán sirvió a Arabia Saudí para revalidar el liderazgo islámico y el prestigio a nivel internacional.⁷⁵

4.7 Los más débiles: las víctimas

Respecto a las cifras de víctimas y/o lesionados a causa del conflicto, Yamamoto lo cifró en más de 32,000 civiles muertos y alrededor de 60,000 heridos a la largo de la última década⁷⁶. Por lo que respecta únicamente al año 2018, UNAMA ha cifrado en 10,993 las víctimas civiles del conflicto, de las cuales 3,804 se refieren a víctimas mortales y 7,189 a heridos⁷⁷. La atribución a los talibanes y grupos afines es de 17000 muertos civiles desde 2009, así como otros 7000 asesinatos selectivos de civiles. Desde el 1 de mayo de 2003 se han realizado numerosos ataques contra objetos protegidos como escuelas, mezquitas, hospitales, santuarios y organizaciones humanitarias⁷⁸. En cuanto a los actos supuestamente cometidos por las fuerzas de seguridad afganas, de acuerdo con el informe, han existido múltiples casos de tortura, sin detallar el número de casos ni durante cuánto tiempo⁷⁹. Por último, los casos que se atribuyen a miembros de las fuerzas armadas de Estados Unidos y de la CIA son al menos 54 personas detenidas y sometidas a torturas y tratos crueles y degradantes en Afganistán durante el periodo 2003-2004. El informe también concede gran credibilidad al afirmar que 24 personas fueron detenidas en el mismo periodo en Afganistán y otros Estados parte como Polonia, Rumanía y Lituania por parte de la CIA y sometidas a las mismas torturas y tratos crueles y degradantes⁸⁰.

Por lo que respecta a la gravedad de los hechos cometidos, durante el período 2009-2016 la mayor parte de las víctimas se deben a grupos armados gubernamentales realizados con explosivos o ataques suicidas de forma discriminada sobre una población que fue víctima por su lealtad política o por razones de género. También fueron objeto de ataque, políticos, trabajadores

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ AFGHANISTAN- PROTECION OF CIVILIANS IN ARMED CONFLICT (ANNUAL REPORT- 2018).

⁷⁷ *Ibid*, p. 1.

⁷⁸ Report on Preliminary Examination Activities (2016) – Afghanistan; parágrafo 246.

⁷⁹ *Ibid*; parágrafo 250.

⁸⁰ *Ibid*; parágrafo 253-254.

gubernamentales, tribales y comunitarios.⁸¹ Otro tipo de delitos causados para lograr un mayor impacto y causar mayor número de víctimas fue el atentado suicida con bombas en lugares muy concurridos, como en las mezquitas en la oración de los viernes o en plazas y mercados públicos. Cabe destacar que otro efecto devastador respecto a la gravedad de lo sucedido en este período fue el trato al que estaban sometidas las mujeres y niñas, privando a estas últimas del derecho a la educación⁸².

⁸¹*Ibid*; párrafo 262.

⁸²*Ibid*; párrafo 263.

II. VERTIENTE JUDICIAL DEL CONFLICTO ANTE LA CPI

En este capítulo se realizará un examen del aspecto jurisdiccional que tiene el conflicto afgano. Se examinará en especial la jurisdicción (incluido el estudio del principio de complementariedad) y competencia, así como los sujetos que, según la Fiscalía de la CPI, han sido responsables de diversos delitos tipificados en el Estatuto de Roma.

1. Jurisdicción de la CPI para conocer del caso afgano

Ante la situación de guerra ocurrida en territorio afgano, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional decidió intervenir. Ya en el año 2007 la Fiscalía de la CPI comenzó a trabajar en los exámenes preliminares. Desde el año 2011 hasta el año 2015, estos exámenes preliminares se centraron, principalmente, en las acciones realizadas por las fuerzas insurgentes, las fuerzas afganas y otros grupos en favor del gobierno. Con el paso del tiempo, pero, la Fiscalía ha examinado el papel del Gobierno de Estados Unidos en el conflicto⁸³. Posteriormente a la investigación de la intervención estadounidense se le suma el fenómeno de las detenciones secretas fuera de Afganistán llevadas a cabo por la CIA. Así, los individuos víctimas de estos delitos eran detenidos en Afganistán y llevados a Polonia, Lituania y Rumania, todos Estados Parte en el ER⁸⁴.

Sin embargo, el año 2017 la Fiscalía de la Corte Penal Internacional decide notificar a la Presidencia la intención de solicitar la correspondiente autorización con tal de investigar y, eventualmente, enjuiciar a los responsables por los

⁸³ FERSTMAN, Carla, “The International Criminal Court Prosecutor’s preliminary examination on Afghanistan and possible impacts on accountability for secret detention and rendition”, p 3-7 en: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=025078121121077073092096064030107009116008031085056044126101104009101074075089113065033020049102118033018088023112123067095101105041060022013115094126064099097003066006050071070102010005127091124118085094064114089102122096105099026087116017103088105111&EXT=pdf> [visitado el día 25.11.2018]

⁸⁴ Report (2016), *cit.*, parágrafo 199.

presuntos delitos cometidos en Afganistán, de acuerdo con el artículo 15.3 del Estatuto de Roma⁸⁵.

Así pues, y siguiendo con los trámites establecidos en el citado artículo, el día 3 de noviembre de 2017 la Presidencia establece que es la Sala III de Cuestiones Preliminares la que debiera autorizar o rechazar el inicio formal de las investigaciones. A este respecto, la Fiscal Fatou Bensouda declaró que *“Dado el alcance temporal limitado de la jurisdicción de la Corte, mi solicitud de autorización judicial se centrará únicamente en los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos desde el 1 de mayo de 2003 en el territorio de Afganistán, así como los crímenes de guerra estrechamente vinculados a la situación en el que presuntamente se ha cometido desde el 1 de julio de 2002 en el territorio de otros Estados Partes en el Estatuto de Roma. El Tribunal no tiene jurisdicción con respecto a los delitos presuntamente cometidos antes de esas fechas límite”*⁸⁶. Por tanto, establece 2 fechas: 1 de mayo de 2003 para los hechos cometidos en Afganistán; respecto a los hechos cometidos en otros Estados, se podrán investigar a partir del 1 de julio 2002. Este ámbito temporal será objeto de estudio en el epígrafe de “Jurisdicción temporal”.

Finalmente, el día 20 de noviembre de 2017 la Fiscalía solicita autorización judicial, esta vez a la Sala de Cuestiones Preliminares, con la finalidad de investigar presuntos Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.

De esta manera, y en el supuesto que la Sala de Cuestiones Preliminares hubiera autorizado a la Fiscalía investigar los anteriores crímenes, el ejercicio de la competencia de la CPI hubiera sido la descrita en el artículo 13.c ER puesto que es la intervención del Fiscal (con el hipotético beneplácito de la Sala de

⁸⁵ Dicho artículo reza de la manera siguiente: *“El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”*.

⁸⁶ Declaración de la Fiscal, Fatou Bensouda, sobre su decisión de solicitar autorización judicial para iniciar una investigación sobre la situación en la República Islámica de Afganistán, en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=171103_OTP_Statement [Visitado el día 06.02.2019] (traducción propia del inglés)

Cuestiones Preliminares) la que abre la posibilidad a la investigación. Ahora bien, y como se verá en el tercer capítulo, la Sala de Cuestiones Preliminares decidió, inexplicablemente, rechazar las investigaciones⁸⁷.

Es importante señalar que, como se ha indicado, la competencia podría haber provenido de una investigación de Fiscalía. En el supuesto que el caso lo hubiese remitido el Consejo de Seguridad de la ONU, no tendría importancia ni el lugar ni el momento de producción del presunto delito ni la nacionalidad de los sospechosos⁸⁸. Pero al provenir el caso de la Fiscalía, se debe atender a una serie de cuestiones, que a continuación se estudiarán: la jurisdicción temporal, la jurisdicción personal y, por último, la jurisdicción territorial. Asimismo, se deberá determinar si se encuentra presente en el caso concreto el principio de complementariedad que exige la propia actuación de la CPI, sin perjuicio del mencionado rechazo de la Sala de Cuestiones Preliminares.

1.1. Jurisdicción temporal

El día 10 de febrero de 2003 Afganistán depositó su instrumento de ratificación al Estatuto, cumpliéndose así la condición previa exigida por el artículo 12.1 y 12.2 ER (que no es otra que el Estado donde se haya cometido los crímenes forme parte del ER o bien el Estado del nacional acusado también sea Parte en el ER); por tanto, en territorio afgano, la CPI tiene jurisdicción por los crímenes que se cometieron a partir del día 1 de mayo de 2003, de acuerdo al artículo 126.1 ER⁸⁹.

Pero como se señala en el Informe elaborado por la Fiscalía⁹⁰, en consonancia con las declaraciones anteriores de la Fiscal Fatou Bensouda, los actos cometidos trascienden territorio afgano; concretamente, y en relación a los presuntos actos cometidos por las Fuerzas Armadas de EUA y la CIA, se investigarían los actos cometidos en Polonia, Rumanía y Lituania. Así pues, el punto de partida de la

⁸⁷ Pre-trial Chamber II, *situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17, 12 abril de 2019.

⁸⁸ OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 59.

⁸⁹ El artículo 126.1 indica que “*El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*”. Misma regla se aplica a cada Estado a nivel individual.

⁹⁰ Report on Preliminary Examination Activities (2017) – Afghanistan, párrafo 254.

investigación en términos temporales para los hechos ocurridos fuera de Afganistán difieren de la fecha de 1 de mayo de 2003: respecto a lo ocurrido en Polonia y Rumanía, la entrada en vigor, y por tanto el poder jurisdiccional de la CPI, se sitúa desde el día 1 de julio de 2002; en el caso de Lituania, la CPI tiene jurisdicción desde el día 1 de agosto de 2003.

Ahora bien, cabe recordar que la guerra de Afganistán se inició en el año 2001; esto significa que lo ocurrido en suelo afgano desde el año 2001 hasta el 1 de mayo de 2003 no podría haber sido investigado por la CPI por lo que presumiblemente quedarían impunes los hechos que se hubieran podido cometer en ese período.

1.2. Jurisdicción personal

De acuerdo con el artículo 25.1 y 25.2 ER, la responsabilidad que persigue la CPI es individual, excluyendo la posibilidad de juzgar a Estado, teniendo en cuenta, por ende, que conocerá de casos contra personas naturales. .

Lo cierto es que la responsabilidad individual no tendrá efecto sobre la afectación colectiva, de acuerdo al artículo 25.4 ER. Por tanto, un Estado podría ser enjuiciado y, eventualmente, condenado sin que pueda tenerse en cuenta la responsabilidad individual de personas relacionadas con dicho Estado⁹¹.

Además, y en relación al artículo 26 ER, no podrá juzgar a individuos menores de 18 años. Esto, pero, para cierto sector de la Doctrina podría ser contradictorio en el sentido que la CPI podría juzgar a un adulto con plenas garantías pero, por otro lado, el sistema nacional penal estuviese juzgando al menor sin respetar las garantías mínimas teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran la gran mayoría de países que están en guerra o han estado en guerra, además del hecho que pocos de esos Estados respaldan la normativa internacional en lo que a la justicia juvenil se refiere⁹².

⁹¹ FRULLI, Michaela, "Jurisdiction Ratione Personae", en: CASSESSE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, R.W.D. John (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol.I, pp. 527-541, p. 532.

⁹² *Ibid*, p. 533.

Al tratarse de hechos delictivos con un componente estatal, tal y como se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, es necesario determinar si existirían inmunidades. Tanto el artículo 27 como el 98 ER se deben tener en cuenta en esta materia.

El artículo 27.1 ER determina la no impunidad de los altos cargos de un Estado (como jefe de Gobierno o de Estado). Dicho de otro modo, no hace distinción alguna por razón del cargo que pudiera ocupar el sujeto, creando una responsabilidad de vocación universal⁹³. A su vez, el artículo 27.2 ER posibilita el ejercicio de competencia por parte de la CPI, aún cuando existan inmunidades en virtud del derecho interno o el derecho internacional.

Ahora bien, este artículo debe analizarse a la luz del artículo 98 ER. Dicho precepto establece que la CPI no podrá realizar las acciones conducentes a la entrega de la persona en caso que el Estado requerido actúe de forma incompatible con el derecho internacional o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de otro Estado (artículo 98.1 ER) o bien actúe de forma incompatible en relación a acuerdos internacionales en virtud del cual sea necesario el consentimiento del Estado para la entrega (artículo 98.2 ER). A su vez, los propios artículos incluyen una excepción: la CPI podrá dar curso a la solicitud de entrega pertinente si ésta se anticipa y logra la cooperación de los Estados implicados con el fin de que estos o bien renuncien a la inmunidad o consientan la entrega.

Como se ha visto, podrían entroncar en relación a las finalidades que buscan tanto artículo 27 y 98 ER. Por ese motivo, la interpretación del artículo 98 debe ser restrictiva y de acuerdo a los criterios sistemáticos, no pudiendo dinamitar el objeto y fin del Estatuto (acabar con las inmunidades)⁹⁴. En todo caso, y teniendo en cuenta la excepcionalidad del artículo 98 ER, en el caso estudiado no existirían inmunidades para los futuros enjuiciados.

⁹³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "La Corte Penal Internacional: Un instrumento al Servicio de la Paz", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 21, 2003, p. 16.

⁹⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV-2, julio 2002, núm. 2, pp. 999-1003, p. 1002.

En el ámbito puramente procesal, la Doctrina ha entendido que el artículo 98.1 ER concede el protagonismo a la Corte, obligándola a cooperar con los terceros Estados implicados y conseguir así que la solicitud de entrega resulte exitosa⁹⁵.

Un ejemplo que se ha dado en la práctica, en relación a la inmunidad, es el caso de Al Bashir. En aras de contextualizar el caso, la Fiscalía acusa a Al Bashir de haber cometido crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio en el marco del conflicto en Darfur contra grupos insurgentes e incluso civiles⁹⁶. Cabe destacar aquí el prestigio de Al Bashir en el mundo árabe, elemento que podría explicar la no cooperación de algunos Estados africanos y el respaldo de la Unión Africana y la Liga Árabe⁹⁷ es La Sala de Cuestiones Preliminares ha solicitado hasta 2 veces el arresto del dirigente de Sudán⁹⁸. Lo cierto es que hasta el momento, ningún país requerido ha colaborado con la CPI arrestando al político. Tanto Chad y Malawi, entre otros Estados⁹⁹, tuvieron la oportunidad de hacerlo aunque se inclinaron por la tesis de la inmunidad de Al Bashir, acto que la CPI consideró como un incumplimiento del deber de avisar a la Corte sobre la posibilidad de entrega, elemento que impidió que la CPI pudiera realizar sus funciones¹⁰⁰.

Es en este punto donde se ha criticado la fundamentación de la CPI: confundió, en sus argumentos, la inmunidad de la obligación de cooperar, entendiendo que esgrimir el artículo 98.1 ER como elemento para la no cooperación atentaría

⁹⁵ ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 68/1 (2016), p. 31.

⁹⁶ The prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Alleged crimes (non-exhaustive list)”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir/pages/alleged-crimes.aspx>.

⁹⁷ “La Unión Africana y la Liga Árabe defienden la no detención de Al Bashi”, en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20180910/451741940983/la-union-africana-y-la-liga-arabe-defienden-la-no-detencion-de-al-bashir.html> [visitado el 14.03.2019].

⁹⁸ Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Warrant of Arrest ICC-02/05-01/09-1, 4 march 2009, p. 9 y Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Second decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest. ICC-02/05-01/09-94, 12 July 2010, p. 28.

⁹⁹ Que son los siguientes: República Democrática del Congo, Sudáfrica, Sudán, Nigeria, Yibuti y Etiopía.

¹⁰⁰ Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139-Corr, 15 december 2011.

contra el ER, cuando son dos figuras diferenciables; todo esto lo fundamentó, además, en base al Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, dándole el carácter de costumbre internacional. Así en el caso la CPI extrajo 3 conclusiones: que la inmunidad de los jefes de Estado ha sido rechazado en múltiples ocasiones, que ha aumentado el número de procesos contra jefes de Estado y, por último, que más de 120 Estados han rechazado invocar la inmunidad de estos jefes de Estado. Ahora bien, la CPI entendió, como se ha dicho, que inmunidad y obligación de cooperar es un todo, siendo esto un error puesto que el artículo 98 ER es autónomo al 27; por ende, debe separarse la inmunidad de la obligación de cooperar de los Estados¹⁰¹.

Posteriormente, la CPI también requirió a la República Democrática del Congo su cooperación con tal de arrestar a Al Bashir, pero nuevamente no atendieron a las demandas de la Corte, con lo que dicho Tribunal pidió explicaciones¹⁰². En este caso, y a diferencia del anterior, la fundamentación de la CPI fue distinta: no en base al derecho consuetudinario sino de acuerdo a la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, con fecha de 31 marzo 2005¹⁰³. La Sala entendió que dicha resolución facultó la retirada de inmunidad de Al Bashir aunque Sudán no formase parte del ER¹⁰⁴. Ahora bien dicha argumentación ha sido criticada¹⁰⁵: las obligaciones impuestas por el Consejo de Seguridad no afectan a los derechos de la CPI y, además, ha existido un cambio de parecer (dejando de lado la costumbre internacional, atendiendo ahora a la Resolución del Consejo de Seguridad) en la CPI respecto a los casos de Chad y Malawi, el cual no ha justificado. En el caso

¹⁰¹ ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir”, *cit.*, p. 36.

¹⁰² Pre-trial Chamber II, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Transmission to Pre-Trial Chamber II of the observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the "Decision requesting observations on Omar Al-Bashir's visit to the Democratic Republic of Congo" dated 3 March*. ICC-02/05-01/09, 17 march 2014.

¹⁰³ Resolución 1593 (2005), S/RES/1593 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005.

¹⁰⁴ Pre-trial Chamber II, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*. ICC-02/05-01/09, 9 april 2014, párr. 29.

¹⁰⁵ GAETA, Paola., «The ICC Changes Its Mind on Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again», *Opinio Iuris* blogpost, 23 de abril de 2014, en <http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-posticc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong> ; HOOGH, André y KNOTTNERUS, Abel, «ICC Issues New decision on Al-Bashir's Immunities. But Gets the Law Wrong... Again», *EJIL Talk!*, blogpost, 18 de abril de 2014, <http://www.ejiltalk.org/icc-issuesnew-decision-on-al-bashirs-immunities—but-gets-the-law-wrong-again/>.

del Congo la CPI entiende finalmente que no es necesario obtener la suspensión de la inmunidad exigida por el artículo 98 ET para solicitar el arresto del sospechoso en virtud de la citada Resolución¹⁰⁶.

En el caso que nos ocupa (y dejando de lado el rechazo a la apertura de las investigaciones por parte de la CPI), debido a la prematura etapa en que se encuentra el proceso judicial, a pesar de que ya han pasado meses desde el inicio de la investigación por parte de la Fiscalía, hubiera sido premeditado afirmar o negar con rotundidad que algún sujeto pudiera gozar de inmunidad y, si en ese caso, la CPI pudiera igualmente seguir adelante.

1.3. Jurisdicción territorial

En esta vertiente jurisdiccional es necesario realizar una distinción: dependerá en función de la nacionalidad y de si el Estado del cual es nacional el sujeto es parte del ER. La jurisdicción territorial, pues, se encuentra íntimamente ligada con la jurisdicción personal.

La jurisdicción de la CPI tendrá el carácter universal cuando el Estado del cual es nacional el sujeto haya ratificado el Estatuto de Roma. En cambio, cuando el Estado no sea parte del ER, solo podrá enjuiciarse a nacionales de dicho Estado cuando los actos se hubieren cometido en Estados parte¹⁰⁷. Por tanto, deberá existir un análisis de esta jurisdicción territorial cuando un Estado no haya ratificado el ER, como es el caso de Estados Unidos.

En el caso que nos ocupa, Afganistán es parte del ER. Tanto talibanes (en su mayoría) como las propias fuerzas del gobierno afgano pueden subsumirse bajo el primer supuesto comentado. En relación a las tropas americanas (y similares), los hechos se cometieron en Afganistán y en diferentes países de Europa (Polonia, Lituania y Rumanía). Como ya se ha reiterado, Afganistán es parte con lo que la CPI posee jurisdicción sobre ese territorio y por lo que respecta a los países europeos, cada uno de ellos también ratificó el Estatuto con lo que, con

¹⁰⁶ ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir”, *cit.*, p. 44.

¹⁰⁷ OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Corte Penal Internacional*, *cit.*, p. 166.

independencia de la pertinencia de EUA al ER, la CPI también podrá conocer de los hechos realizados en esos lugares por sus nacionales.

En suma, la jurisdicción territorial, por lo que a miembros de grupos talibanes (en su mayoría) y fuerzas gubernamentales de Afganistán, es patente por ser este Estado parte en el ER. En cambio, y en relación a las acciones llevadas a cabo por la CIA y fuerzas estadounidenses, la jurisdicción de la CPI se encuentra íntimamente ligada al territorio donde se ha cometido los hechos.

1.4 El aspecto jurídico a la luz del principio de complementariedad

En relación a este principio, y de conformidad con el párrafo 10 del preámbulo y el artículo 1 del ER¹⁰⁸, así como el artículo 17 ER, la jurisdicción de la Corte es complementaria. En este sentido, la CPI tiene la posibilidad de actuar cuando el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste no esté dispuesto o no pueda hacerlo (artículo 17.1.a ER). De la misma forma, podrá actuar en situaciones donde el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate ya que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (artículo 17.1.b ER). En relación a la interpretación jurisprudencial, han sido numerosos los casos donde la CPI se ha pronunciado: que no exista una investigación por parte del Estado o un procesamiento, es condición suficiente para determinar la admisibilidad por parte de la CPI¹⁰⁹. Si, por el contrario, existiera una investigación nacional, se ha establecido que *“el Estado debe proporcionar a la Corte pruebas que tengan un grado de especificidad y valor probatorio suficiente para demostrar que realmente está investigando el caso. No basta simplemente*

¹⁰⁸ El artículo 1 del ER establece que *“Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”*.

¹⁰⁹ Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ‘Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case’ ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, párrafo 78.

con afirmar que hay investigaciones en curso”¹¹⁰. En todo caso, no existe una posición de primacía absoluta de dichos Tribunales estatales respecto a la CPI. Lo cierto es que la CPI tiene la facultad de tutelar los procesos nacionales (vía, por ejemplo, la obligación que tiene el Estado en informar al Fiscal de la CPI) e incluso podría eliminar la presunción de competencia inicialmente otorgada al Estado¹¹¹.

En el caso objeto de estudio, el Informe de la Fiscal, de 2017, realiza un estudio de la complementariedad respecto a cada uno de los sujetos implicados¹¹².

En primer lugar, y por lo que respecta a los grupos talibanes y afines, la Fiscalía de la CPI afirma que ni existen investigaciones nacionales ni procesamientos respecto a estos individuos. Se reconoce, pero, que ha habido un plan de justicia transicional por parte del Gobierno donde se afirmaba que no cabía la amnistía para este tipo de delitos; aún, lo cierto es que este Plan no se ha implementado. De forma paralela, reconoce el Informe, el Parlamento afgano aprobó una Ley de Amnistía. Por tanto, existe una discrepancia entre lo realizado por el ejecutivo (que además reformó su Código Penal en pro de perseguir estos delitos) y las acciones llevadas a cabo por el legislativo. La Fiscalía llega a la conclusión de que estos crímenes deberían ser admisibles por la CPI con el fin de enjuiciar los mismos¹¹³.

En segundo lugar, en relación a las Fuerzas de Seguridad Nacional afganas, la Fiscalía determina que no tiene indicios que se hayan llevado a cabo actos judiciales contra los grandes responsables de los presuntos delitos cometidos¹¹⁴.

En tercer y último lugar, el Informe estudia el principio de complementariedad en relación a las Fuerzas Armadas estadounidenses y la CIA. En relación a las Fuerzas Armadas, la Fiscalía indica que, aún existiendo investigaciones y

¹¹⁰ The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ‘Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of PreTrial Chamber II of 30 May 2011’, ICC-01/09-01/11-307, 30 August 2011, párrafo 62.

¹¹¹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 416-417.

¹¹² Report (2017), *cit.*, párrafo 257-261 (talibanes), párrafo 264 (Fuerzas afganas) y párrafo 267-271 (CIA y fuerzas armadas EUA)

¹¹³ *Ibid*, párrafo 257-261.

¹¹⁴ *Ibid*, párrafo 264.

procesamientos, éstos se centran en los autores materiales y no en quien desarrolló, autorizó o tuvo responsabilidad en los interrogatorios donde presuntamente se produjeron los delitos. Por lo que concierne a la CIA, sucede lo mismo que en el caso anterior: la Oficina no ha obtenido pruebas que demuestren que la existencia de investigaciones o procesamientos a los máximos responsables de los actos delictivos. Sin embargo, se reconoce que existen procesos judiciales en Polonia, Rumanía y Lituania que serán objeto de estudio por parte de la CPI¹¹⁵; ahora bien, no se ha difundido prácticamente ningún tipo de información. Por lo que respecta a Polonia, existe un proceso judicial que tanto la CPI como el TEDH seguirán con tal de determinar si el Estado está dispuesto a depurar responsabilidades. En el caso de Lituania y Rumania es distinto: no han llevado a cabo una verdadera y adecuada investigación por lo que es previsible que la CPI lleve a cabo la investigación de los hechos ocurridos en esos dos Estados¹¹⁶.

Más concretamente en el aspecto judicial estadounidense, es necesario resaltar diversos puntos. Como se ha dicho, el sistema judicial de EUA ha investigado algunos hechos aislados. En el año 2009, el entonces Fiscal General Eric Holder, abrió un examen preliminar en relación a las técnicas utilizadas en los interrogatorios. El Fiscal destacaba que aquellos que realizaron los interrogatorios eran merecedores del respeto del pueblo estadounidense y que aquellos que hubieran actuado “de buena fe” y dentro del marco legal, no serían perseguidos por la justicia¹¹⁷. De la misma manera, el Comité contra la Tortura de la ONU también lamentó el hecho que “*el Estado parte no haya investigado a fondo las denuncias de tortura y malos tratos a los sospechosos detenidos en Estados Unidos bajo custodia en el extranjero, como lo demuestra el número limitado de procesos penales y condenas*”¹¹⁸. Así pues, sería admisible la tesis de que EUA no

¹¹⁵ *Ibid*, parágrafo 267-270.

¹¹⁶ FERSTMAN, Carla, “The International Criminal Court”, *cit.*, p. 13- 16 [visitado el día 25.11.2018].

¹¹⁷ Statement of Attorney General Eric Holder Regarding a Preliminary Review into the Interrogation of Certain Detainees, on 24 august, 2009.

¹¹⁸ UN Committee Against Torture, ‘Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the United States of America’ UN Doc CAT/C/USA/CO/3-5, 19 December 2014.

ha llevado a cabo investigaciones o procesamientos conducentes a esclarecer los hechos y responsabilidades¹¹⁹.

2. Competencia de la CPI para conocer del caso afgano: Análisis de los delitos que se habría cometido

A continuación se realizará un breve examen del crimen de lesa humanidad y del crimen de guerra, delitos que podrían imputarse a los sujetos que participaron en el conflicto de Afganistán. En todo caso, se adjuntan en las notas al pie los conceptos legales que se establecen para cada uno de los delitos.

2.1 Crimen de Lesa Humanidad

El artículo 7.1 ER define el crimen como un acto “*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”. Así, realizando un desglose de la definición legal se puede extraer los requisitos exigidos: ataque contra la población civil, generalizado o sistemático y con conocimiento.

En relación al ataque contra la población civil, se define como “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil*”¹²⁰. Respecto al término de población civil, y en relación al artículo 50 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, estos son las personas que no puedan ser encuadradas en el artículo 43 del propio Protocolo ni en el artículo 4 del III Convenio¹²¹. Según cierto sector de la Doctrina el ataque contra la

¹¹⁹ FERSTMAN, Carla, “The International Criminal Court”, *cit.*, p. 14 [visitado el día 25.11.2018].

¹²⁰ Artículo 7.3 de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

¹²¹ Por tanto, se excluye a: miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un

población civil debería ser eliminado puesto que en algunos casos el requisito puede proteger a población que no pueda ser considerada como civiles, como los soldados, así como que la referencia misma de población civil podría hacer referencia en el acto colectivo del ataque y no en la población que se vea afectada¹²².

En segundo lugar, es necesario que el ataque sea generalizado o sistemático. De acuerdo con la Jurisprudencia¹²³, este concepto excluye los actos de violencia aleatorios y aislados. Así pues, se entiende como generalizado, el carácter a gran escala del ataque así como de las personas que se ven afectadas. Por lo que respecta a sistemático, esto es la naturaleza organizada de los actos de violencia, siendo altamente improbable el elemento aleatorio en los mismos¹²⁴. Por tanto, no son conceptos iguales: *“Hay, sin embargo, una diferencia entre un ataque sistemático y uno generalizado. Mientras que en el primero puede ser típica una cierta orientación de los autores individuales con respecto a las víctimas potenciales, un ataque generalizado, que no es a la vez sistemático, llega a ser acompañado frecuentemente de una única política que consiste en la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia”*¹²⁵. Además, este requisito no es acumulativo; es suficiente con la existencia de una de las dos características¹²⁶.

En tercer lugar es necesario el elemento del conocimiento. El artículo 7.2 de los Elementos de los Crímenes de la CPI¹²⁷ establece que *“no debe interpretarse en el*

Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra y los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados.

¹²² AMBOS, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 17 (2010), p. 11-12.

¹²³ Prosecutor v. Milutinović et al., Caso No. IT-05-87-T, Trial Judgment, parágrafo 150 (Feb. 26, 2009); Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, parágrafo 394, Sep. 30, 2008.

¹²⁴ Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb), Case ICC-02/05-01/07, parágrafo 62, 27 April 2007.

¹²⁵ AMBOS, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad”, *cit.*, p. 10.

¹²⁶ FERREIRA, Marcelo, *Crímenes de Lesa Humanidad: fundamentos y ámbitos de validez*, p. 10, en: <https://www.gordillo.com/DH6/capXIII.pdf> [visitado el 20.01.2019].

¹²⁷ Artículo 7.2 de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización". Así pues, la Doctrina ha admitido que es suficiente con que el autor tenga conocimiento de que su conducta se encuentra enmarcada en unos actos colectivos e incluso *"basta, además (...) con cualquier tipo de dolo, tanto respecto de la conducta concreta realizada como respecto del conocimiento del ataque"*¹²⁸. De la misma manera, se ha señalado que *"Ya de la especial construcción del tipo del crimen contra la humanidad resulta que el autor debe haber reconocido al menos la orientación político-ideológica especial de su hecho, es decir, debe ser consciente en principio de las circunstancias fácticas que hacen de su acción un crimen contra la humanidad"*¹²⁹. Por tanto, debe existir una mínima certeza en el presunto autor de la naturaleza del hecho: es decir, de la pertenencia del hecho a la categoría de crimen de lesa humanidad.

2.2 Crimen de Guerra

En lo que atañe al crimen de guerra, éste se encuentra regulado en el artículo 8 ER. Así, se afirma que *"La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes"*¹³⁰. A su vez se determina que será considerado crimen de guerra las infracciones graves de lo estipulado en los Convenios de Ginebra (8.2.a ER), violaciones graves de las leyes y usos aplicables en conflictos armados internacionales (8.2.b ER), y otras violaciones de carácter no internacional (8.2.c y e ER). Por tanto, se trata de normas que penalizan las vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario¹³¹, sea cual sea su origen: tanto si viene regulado en las Convenciones de Ginebra, en las

¹²⁸ GIL GIL, Alicia, "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "los elementos de los crímenes", en KAI AMBOS (Coord.), *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 18 en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/1loscrimenescontralahumanidadyelgenocidio.pdf>

¹²⁹ AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Resumen sistemático de los principios generales de la jurisprudencia analizada*, Trad. MALARINO, Ezequiel, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p.83.

¹³⁰ Artículo 8 del Estatuto de Roma.

¹³¹ VILLAREAL PALOS, Arturo, Los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra. Notas para su incorporación a la legislación mexicana, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol 17 (2017), p. 211, en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300338>

Convenciones de la Haya como el Derecho internacional consuetudinario, ampliando el propio concepto de crimen de guerra¹³².

A pesar de esta ampliación del concepto, también es necesaria la inclusión del acto en un plan o política o bien que sea parte de una comisión a gran escala. Esta realidad viene justificada precisamente por la naturaleza de la CPI, una jurisdicción especial así como la legitimación y aceptación social de la misma. Además debe tenerse en cuenta que el juez nacional y los internacionales *ad hoc* podrían tener un papel en la persecución de este tipo de delitos, sin ser necesariamente la CPI quien tenga que conocer del caso¹³³.

Se debe destacar la importancia del término “gravedad” en este delito, en relación al plan o política y, sobretodo, dentro de un acto a gran escala. Lo cierto es que hubo negociaciones entre los Estados con tal de determinar el alcance del artículo. Así, hubo disparidad de opiniones de los Estados en torno al alcance del “plan o política” y el término “a gran escala”. Para algunos Estados estos conceptos debían ser obligatorios y exclusivos en materia de competencia de la CPI. Otros Estados consideraban que estos elementos debían permanecer con prevalencia, aunque admitían cierta libertad a la CPI a la hora de analizarlos. Por último, otros Estados defendieron la eliminación de los criterios definitorios, aplicando así las prácticas de Núremberg¹³⁴. En última instancia, dichos Estados decidieron dotarle de una naturaleza no obligatoria a los conceptos, posibilitando que la CPI obvie el estudio de estos elementos.

Cabe destacar aquí la figura del artículo 124 ER. En él se establece que:

“No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la

¹³² SAN MARTÍN CALVO, Marina, “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto “Ahmad al-Mahdi””, *Revista española de Relaciones Internacionales*, nº8 (2016), p. 21.

¹³³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “La Corte Penal Internacional”, *cit.*, p. 10-11.

¹³⁴ ESTUPIÑÁN –SILVA, Rosmerlin, “La “gravedad” de los crímenes de guerra en la jurisprudencia internacional penal”, *20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 185-212 (2012), p. 10.

categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”.

De acuerdo a la Doctrina y gran parte de las ONG¹³⁵ implicadas en la redacción del Estatuto de Roma, este artículo es contradictorio con el objetivo del propio artículo 8 ER y que, de la misma manera, se incluyó para facilitar la ratificación del Estatuto y la Cooperación a la Corte¹³⁶. Cabe destacar que mediante Resolución¹³⁷, la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma finalmente decidió suprimir dicho artículo.

En todo caso es importante destacar que el Estatuto de Roma no menciona al Protocolo Adicional II de 1977. Al evitar dicha referencia, el artículo 8.2.e abre la puerta a otras normas consuetudinarias más allá del Protocolo, pudiendo penar estas otras normas consuetudinarias¹³⁸. La tipificación en el ER es *numerus clausus*, con lo que necesariamente se deja fuera otros elementos como lo son el hecho de causar hambre a la población civil ya sea mediante el uso de armas o bien la destrucción de recursos naturales, ocasionando, a su vez, daños ambientales¹³⁹. Por tanto, no todo es positivo en ese intento de desarrollo del ER en la persecución de los crímenes.

¹³⁵ En este sentido, véase: RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (CRUZ ROJA), NOTA SOBRE LA CONFERENCIA DE REVISION DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, KAMPALA (UGANDA), 2010, p. 8-9, en: <https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/Notas+Conferencia+de+revision+de+Kampala.pdf/6bdb6706-e5ab-49f2-9fd5-487544a3cf19>

¹³⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "La Corte Penal Internacional", *cit.*, p. 12.

¹³⁷ Resolución ICC-ASP/14/Res.2, Aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2015

¹³⁸ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, "El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales", *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 325-356, p. 349.

¹³⁹ ROBERGE, Marie-Claude, "El nuevo Tribunal Penal Internacional- Evaluación preliminar", *Revista Internacional de la Cruz Roja* (31 de diciembre de 1998), en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmnp.htm>

Tal y como se señala en el propio Informe de la Fiscalía, el conflicto en Afganistán tiene carácter de no internacional, a pesar de la intervención de fuerzas extranjeras¹⁴⁰. Los propios artículo 8.2.d y 8.2.f ER clarifican que queda fuera del concepto de conflicto armado interno las tensiones y disturbios internos, actos esporádicos y actos puntuales de violencia. Incluso en referencia a las violaciones graves de leyes y usos aplicables en conflictos armados no internacionales, el apartado f) añade que estos artículos se aplicarán, además, cuando haya un conflicto persistente entre autoridades de un Estado y grupos armados organizados o bien entre dichos grupos, requisito que se cumple en el caso de Afganistán.

Este último inciso, según la Doctrina, es un elemento de un desarrollo progresivo; a diferencia de lo establecido en el Protocolo Adicional II de 1977, se ha flexibilizado la interpretación puesto que dicho Protocolo requería, entre otros, control del territorio de grupos armados y mandos responsables¹⁴¹.

3. Sujetos y delitos que se les imputan en el Informe 20 de noviembre de 2017 de la Fiscalía de la CPI

Pues bien, una vez hecho el breve estudio de los crímenes de lesa humanidad y el crimen de guerra, es necesario exponer los delitos que, presuntamente, habrían cometido los sujetos durante el transcurso del conflicto armado de Afganistán.¹⁴²

Según la Fiscalía de la CPI, los talibanes, y grupos similares habrían cometido Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de guerra, teniendo en cuenta que el conflicto no tiene carácter internacional. Por lo que respecta a los primeros, concretamente se habría cometido delitos de asesinato (artículo 7.1.a ER), delitos de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional (artículo 7.1.e ER) y delitos de

¹⁴⁰ Report (2017), *cit.*, parágrafo 240.

¹⁴¹ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, El Estatuto de Roma, *cit.*, p. 351-352.

¹⁴² Las definiciones de cada uno de ellos se adjuntan al anexo puesto que, por motivos de extensión, no es posible incluirlo a continuación.

persecución contra grupos y colectivos con identidad propia por razones políticas y de género (artículo 7.1.h ER)¹⁴³.

En relación a los Crímenes de guerra, y teniendo en cuenta que el conflicto no tiene carácter internacional, la Fiscalía acusa a estos grupos talibanes de cometer asesinatos (artículo 8.2.c.i ER), dirigir ataques intencionales contra la población civil (artículo 8.2.e.i ER), dirigir ataques intencionales contra el personal humanitario (artículo 8.2.e.iii ER), dirigir ataques intencionales contra objetos protegidos (artículo 8.2.e.iv ER), reclutar o alistar a menores de 15 años o usarlos en actividades hostiles (artículo 8.2.e.viii ER) y matar o bien herir a traición a un adversario (artículo 8.2.e.ic ER)¹⁴⁴.

Por lo que respecta a estos grupos talibanes, y afines, la Sala de Cuestiones Preliminares reconoce el daño infligido y las consecuencias devastadoras en la vida de los civiles así como la exhibición pública de estos actos con el único fin de amedrentar a la población¹⁴⁵

En relación a las fuerzas afganas, la Fiscalía cree que dichas fuerzas habrían cometido diversos Crímenes de Guerra, teniendo en cuenta que el conflicto no tiene carácter internacional. En especial, se habría cometido crimen de guerra de tortura y trato cruel (artículo 8.2.c.i ER), ultraje contra la dignidad personal (artículo 8.2.c.ii ER) y violencia sexual (artículo 8.2.e.vi ER)¹⁴⁶.

Como en el caso anterior, se investiga presuntos crímenes de guerra por parte de actores estadounidenses, teniendo en cuenta que el conflicto no tiene carácter internacional. En concreto, habrían cometido crímenes de guerra de tortura y trato cruel (artículo 8.2.c.i ER) y violación y otras formas de violencia sexual (artículo 8.2.e.vi ER) por lo que respecta a las Fuerzas Armadas de EUA. En relación a la CIA, Fiscalía acusa a dicha agencia de haber cometido crímenes de guerra de tortura y trato cruel (artículo 8.2.c.i ER), ultraje contra la dignidad personal

¹⁴³ Report (2017), *cit.*, parágrafo 248.

¹⁴⁴ *Ibid*, parágrafo 249

¹⁴⁵ Pre-trial Chamber II, *situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17, 12 abril de 2019, parágrafo 84.

¹⁴⁶ Report (2017), *cit.*, parágrafo 251.

(artículo 8.2.c.ii ER) y violación y otras formas de violencia sexual (artículo 8.2.e.vi ER)¹⁴⁷.

Tanto por lo que se refiere a las fuerzas afganas como a tropas estadounidenses, la Sala de Cuestiones Preliminares reconoce la gravedad de los delitos de tortura (prohibido, dice, por el Derecho Internacional) más teniendo en cuenta que estos actos habrían sido cometidos por funcionarios públicos durante el ejercicio de sus funciones¹⁴⁸

Como se ha visto en el primer capítulo, diversas organizaciones, entre las que destaca UNAMA, han advertido de estos ataques¹⁴⁹. Parece claro que los hechos, efectivamente, se han producido a la espera de determinar los sujetos responsables. Así lo determina también la Sala de Cuestiones Preliminares, al afirmar que todos y cada uno de los delitos imputados en el *Report* de Fiscalía cumplen con el requisito de gravedad en el artículo 17.1.d) ER¹⁵⁰. Precisamente por eso sorprende la decisión final de la mencionada Sala al rechazar las investigaciones, aún cuando reconoce la gravedad de los hechos. Dicha decisión, pues, se estudiará en el tercer capítulo.

¹⁴⁷ *Ibid*, parágrafo 253.

¹⁴⁸ Pre-trial Chamber II, *situation, cit.*, parágrafo 85.

¹⁴⁹ AFGHANISTAN- PROTECION OF CIVILIANS, *cit.*

¹⁵⁰ Pre-trial Chamber II, *situation, cit.*, parágrafo 86.

III. ¿APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 ER? ESPECIAL MENCIÓN A LOS PROBLEMAS QUE CONLLEVARÍA CON LOS EUA

1. La relación entre los Estados Unidos y la Corte Penal Internacional

1.1 Desde la firma del ER hasta la ruptura

Como se ha expresado, la investigación por parte de la Fiscalía podría haber supuesto un problema para los intereses de los EUA pues se estaría juzgando la actuación de sus tropas en suelo afgano y también en otros puntos de Europa.

La relación de EUA con la CPI siempre ha sido complicada y tortuosa¹⁵¹. En un primer momento, durante las negociaciones para la creación de la Corte, Estados Unidos tuvo un papel decisivo. Aunque firmó el Tratado, nunca ha llegado a ratificarlo¹⁵².

Durante el transcurso de las negociaciones, EUA tenía el objetivo de limitar los poderes de la CPI. En primer lugar, planteó la limitación del Tribunal en relación a los casos donde el Estado del que es nacional el acusado hubiera ratificado el Tratado. En segundo lugar, intentó que se otorgara un papel claramente relevante al Consejo de Seguridad, aprobando cada uno de los enjuiciamientos que el futuro Tribunal pudiera hacer¹⁵³.

Con la Presidencia de Bill Clinton se firmó el Estatuto de Roma a finales del año 2000, aunque ya en ese momento existiera una clara preocupación en cuanto al

¹⁵¹ Para saber más: SCHEFFER, David J., "U.S. Policy and the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, n° 32, article 9 (1999); GAMARRA CHOPO, Yolanda, "La política hostil de Estados Unidos contra la Corte Penal Internacional: los acuerdos del artículo 98 o la búsqueda de la impunidad", *Revista española de Derecho Internacional*, vol 57, n° 1 (enero-junio 2005), pp. 145-169; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, "Estudios de política criminal y criminología: Estados Unidos y la Corte Penal Internacional; de la obstrucción a la colaboración", en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *et al, Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1055-1082.

¹⁵² DUQUE MOLINA, Pamela Andrea, *El excepcionalismo de Estados Unidos frente a la CPI: una valoración ética*, Bogotá D.C., 2016, p.11 en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/21250/DuqueMolinaPamelaAndrea2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁵³ BRODY, Reed, "Fuera de la Ley: EEUU en la Corte Penal Internacional", Trad. WANG, Berna, en: AGUIRRE, Mariano, GONZÁLEZ BUSTELO, Mabel, *Tiempos difíciles: guerra y poder en el escenario internacional*, Barcelona: Icaria editorial, 2003, pp.227-228.

futuro funcionamiento de la Corte¹⁵⁴. Lo cierto es que dependiendo del Presidente de EUA, este Estado tomaba una u otra posición en relación con la Corte. Por ejemplo, con la entrada en el ejecutivo de George W. Bush se retiró la firma anteriormente mencionada¹⁵⁵.

Bajo el mismo mandato de George W. Bush también se realizó un conjunto de acciones encaminadas a buscar la ineficacia de la CPI en relación a personas estadounidenses. Así, aunque intentó una exención total para los miembros que participaran en las misiones de paz en Bosnia y Herzegovina, consiguió una exención limitada para los mismos limitando el poder de enjuiciamiento de la CPI durante un período de 12 meses, renovables a otros doce meses bajo el amparo del artículo 16 ER¹⁵⁶.

Otra acción que limitó el poder de investigación y eventual enjuiciamiento por parte de la CPI fue intentar adoptar acuerdos bilaterales de inmunidad, que se materializarían en la no cooperación con la Corte. En un primer momento la posición de la UE fue de rechazo hacia estos acuerdos, aunque después se mostró abierta a estos pactos de manera limitada¹⁵⁷.

Respecto a estos acuerdos bilaterales cabe destacar que los sujetos protegidos son, básicamente, cualquier tipo de funcionario (lo haya sido o sea funcionario en el momento de adopción del acuerdo), cualquier tipo de empleado (también a contratistas, incluso nacionales del Estado firmante), personal militar y, por último, nacionales de Estados Unidos (y en caso de reciprocidad del acuerdo, también nacionales del otro Estado firmante)¹⁵⁸.

Aún así, la firma de estos acuerdos acarrea diversos retos. En primer lugar, se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre

¹⁵⁴ Statement by US President Bill Clinton, authorizing the US signing of the Rome Statute of the International Criminal Court, en: <http://www.iccnw.org/documents/USClintonSigning31Dec00.pdf>

¹⁵⁵ GALBRAITH, Jean, "The Bush Administration's response to the International Criminal Court", *Berkeley Journal of International Law*, n° 21 (2003), p. 687.

¹⁵⁶ Resolución 1422 (2002), S/RES/1422 (2002), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002.

¹⁵⁷ GALBRAITH, Jean, "The Bush Administration's", *cit.*, p. 688.

¹⁵⁸ SCHIAVO, Elisa, "El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad", en *Cultura Jurídica*, N° 2, abril-junio 2011, p. 113.

el Derecho de los Tratados¹⁵⁹, ya que se estaría impidiendo, respetando el principio de complementariedad, el fin buscado por el ER: acabar con el *delicti iuris gentium*¹⁶⁰. En segundo lugar, y la reflexión es exclusiva para Estados Parte del ER, la firma de pactos bilaterales con EUA vulneraría las disposiciones del Estatuto de Roma, en concreto las disposiciones relativas a la cooperación con el Tribunal, pues estos acuerdos favorecen la impunidad, violando lo dispuesto en el artículo 98 ER¹⁶¹.

El mismo Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Protección de Funcionarios y Personal estadounidense (ASPA). Esta Ley concede la capacidad al Gobierno de Estados Unidos de cancelar la cooperación con los países que son parte del Estatuto de Roma, a no ser que éstos firmen acuerdos bilaterales de inmunidad, legitimando incluso al Presidente para realizar cualquier acción tendente al rescate de ciudadanos de EUA y aliados que se encuentren bajo la jurisdicción de la CPI cuando los motivos por los cuales son investigados hayan sido en interés general de Estados Unidos¹⁶².

En el seno de la Organización de Estados Americanos, Estados Unidos expuso el rechazo a la CPI. Así, en la reserva de la Resolución, consideran al Tribunal

¹⁵⁹ El artículo reza de la siguiente manera: Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

¹⁶⁰ SERVÍN RODRÍGUEZ, Christopher A., *El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los acuerdos bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la Corte y pone en riesgo su efectividad?* Universidad Internacional de Andalucía, 2014, pp. 186-187.

¹⁶¹ SERVÍN RODRÍGUEZ, Christopher A., *El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los acuerdos bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la Corte y pone en riesgo su efectividad?* Universidad Internacional de Andalucía, 2014, pp. 191-195; SCHIAVO, Elisa, “El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad”, en *Cultura Jurídica*, N° 2, abril-junio 2011, p. 114.

¹⁶² CATOGGIO, Augusto, *Estados Unidos y la Corte Penal Internacional: un acercamiento a la justicia penal internacional desde el realismo político a un año de la conferencia de revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, p. 7 en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/40663/Documento_completo.pdf.out.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

fundamental defectuoso¹⁶³. Una de las razones que motivan su oposición es la pérdida de la soberanía nacional, así como la pérdida de poder del Consejo de Seguridad en materia de mantenimiento de la paz y seguridad. Además afirman que esta Corte no tiene ningún “peso ni equilibrio”, así como critican la posibilidad de que la Corte realice enjuiciamientos políticos. En suma, el Estado apuesta por una reconciliación y responsabilidad interna en detrimento de la fórmula de la CPI¹⁶⁴.

Los motivos del porqué Estados Unidos tiene esta actitud respecto a la CPI pueden ser diversos. En primer lugar, la Corte Penal Internacional supondría un perjuicio al poder estadounidense; una limitación. En este sentido, la CPI es entendida como una herramienta multilateral que funciona como contrapoder a la hegemonía absoluta del imperio americano puesto que la Corte se encontraría legitimada tanto por la sociedad como por los propios Estados firmantes. Es, por tanto, un límite legal al poder único de Estados Unidos¹⁶⁵.

En segundo lugar, el motivo del rechazo de EUA a la CPI se fundamenta en la amenaza que podría suponer, en términos judiciales, la Corte frente a los soldados u oficiales estadounidenses. Siguiendo con las distintas concepciones que se tuvieron de la Corte por parte de la administración americana, durante la administración Clinton, los motivos de oposición al Tribunal eran en relación a las garantías procesales. En cambio, durante el mandato de Bush eso cambió y la preocupación fue el posible enjuiciamiento de los altos mandos estadounidenses y no un mero soldado raso¹⁶⁶.

Cabe destacar aquí la reflexión realizada por DUQUE MOLINA, la cual pone el foco en la falta de ética de la posición de EUA. Así, si entendemos la ética como una aceptación de lo decidido por la mayoría en base al Derecho Internacional¹⁶⁷, EUA la vulnera desde una triple perspectiva: la interdependencia, la acción consensual y el bien común. Por lo que respecta a la interdependencia, EUA ha

¹⁶³ Anexo relativo a la Declaración de la Delegación de los Estados Unidos, de la Resolución AG/RES. 1929 (XXXIII-O/03), celebrada el 10 de junio de 2003, parágrafo 2.

¹⁶⁴ *Ibid*, parágrafo 3.

¹⁶⁵ CATOGGIO, Augusto, *Estados Unidos y la Corte Penal Internacional*, cit., pp. 8-10.

¹⁶⁶ BRODY, Reed, “Fuera de la Ley”, cit., pp. 231-233.

¹⁶⁷ DUQUE MOLINA, Pamela Andrea, *El excepcionalismo*, cit., pp. 37.

actuado de manera independiente de otros Estados, elemento que puede entenderse o bien por la posición hegemónica que ocupa y que desea mantener o bien porque, efectivamente, desea mantenerse alejado de todo tipo de decisión internacional. En relación a la acción consensual, EUA ha querido imponer su propio discurso, sin atender a los argumentos de otros Estados debido precisamente al excepcionalismo estadounidense, que impide todo tipo de diálogo. En tercer lugar, EUA no considera ni siquiera la existencia de un bien común pues es su propio excepcionalismo el que hace considerar únicamente su propio bien y entender, además, que éste se corresponde con el bien mundial¹⁶⁸.

1.2 Las amenazas estadounidenses

En la actualidad la posición estadounidense no dista mucho respecto a años anteriores. En relación a la investigación que estaba realizando la Fiscalía de la CPI respecto a lo ocurrido en Afganistán, John Bolton, Consejero de Seguridad Nacional de Estados Unidos, declaró lo siguiente:

“no cooperaremos con la Corte Penal Internacional. No proveeremos asistencia a la Corte Penal Internacional. No nos uniremos a la Corte Penal Internacional. Dejaremos que la Corte Penal Internacional muera por su cuenta. Después de todo, debido a todas las intenciones y propósitos, la CPI está muerta para nosotros (...) si la CPI viene a por nosotros, Israel u otros aliados estadounidenses, no nos quedaremos quietos. Daremos los siguientes pasos, entre otros, de acuerdo a la “American Servicemembers’ Protection Act and our other legal authorities”:

Negociaremos acuerdos bilaterales aún más vinculantes con tal de prohibir que las naciones entreguen a estadounidenses a la CPI.

Vamos a responder contra la CPI y su personal si así lo permite la Ley estadounidense. Prohibiremos que jueces y fiscales de la CPI entren en los Estados Unidos. Sancionaremos sus fondos financieros que se encuentren

¹⁶⁸ *Ibid*, pp. 40-48.

en EUA, y los perseguiremos penalmente en el sistema de EUA. Haremos lo mismo para cualquier otra compañía o Estado que colabore con la CPI.

Tomaremos nota si otros Estados cooperan con las investigaciones de la CPI en contra de EUA y sus aliados, recordando esa cooperación a la hora de establecer asistencia exterior, asistencia militar y los niveles de inteligencia que comparten los EUA.

Consideraremos tomar medidas en el Consejo de Seguridad para restringir los poderes de la CPI, incluyendo asegurarnos de que la CPI no ejerce jurisdicción sobre los americanos y los nacionales de nuestros aliados que no han ratificado el Estatuto de Roma¹⁶⁹.

Ante tal declaración, la CPI se mostró impasible, afirmando que continuará haciendo su trabajo “sin inmutarse”, atendiendo a los principios e ideas que conforman el Estado de Derecho¹⁷⁰.

Recientemente, Mike Pompeo, secretario de Estado de EUA, declaraba, en la misma línea que Bolton, que se restringirían visados a las personas vinculadas a la investigación de la Corte Penal Internacional en territorio afgano¹⁷¹. Así, se ha anunciado que EUA ha retirado el visado a la Fiscal encargada de investigar los hechos ocurridos en Afganistán, Fatou Bensouda¹⁷².

La postura estadounidense no sólo es la misma que en anteriores administraciones sino que se ha endurecido a causa de la investigación por parte de la Fiscalía. Algunos autores se han lamentado de la postura norteamericana, entendiendo que

¹⁶⁹ Full text of John Bolton’s speech to the Federalist Society, 10 september 2018, en: <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/full-text-john-bolton-speech-federalist-society-180910172828633.html> [visitado el 05.01.2019].

¹⁷⁰ The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred, 12 september 2018, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>. Aún así, ha salido en prensa que el Juez Christoph Flügge, Juez en Naciones Unidas (del MICT o del ICTY), ha abandonado La Haya por las injerencias tanto de Estados Unidos (a raíz de las declaraciones de John Bolton) como de Turquía, en: <https://www.theguardian.com/law/2019/jan/28/international-criminal-court-icc-judge-christoph-flügge-quits-citing-political-interference-trump-administration-turkey>

¹⁷¹ REMARKS TO THE PRESS, Michael R. Pompeo, 15 de marzo de 2019, en: <https://www.state.gov/secretary/remarks/2019/03/290394.htm> [visitado el 10-04-2019]

¹⁷² FERRER, Isabel, “Estados Unidos retira el visado a la Fiscal de la Corte Penal Internacional”, en: https://elpais.com/internacional/2019/04/05/actualidad/1554451028_360379.html [visitado el 10-04-2019]

se ha perdido la oportunidad de influir en las posturas de los juristas de la Corte, en especial cuando las negociaciones del ER fueron en inglés y en el propio texto se utilizaron términos propios de la legislación anglosajona como lo son “*reasonableness*” o “*fairness*”, manifestaciones de la importancia de EUA en la propia CPI¹⁷³.

En este contexto cabe preguntarse qué medidas concretas habrían tomado EUA, aparte de la mencionada retirada de visados, más a la luz de las declaraciones anteriores de John Bolton al afirmar que utilizaran el Consejo de Seguridad para limitar los poderes de la Corte, sin perjuicio de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de rechazar la investigación.

2 Artículo 16 ER

Pues bien, es menester estudiar si el artículo 16 ER podría haber sido una de las herramientas a utilizar por parte de Estados Unidos. Dicho artículo determina que “*En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones*”.

Este artículo, pues, faculta al Consejo de Seguridad, del cual Estados Unidos es miembro permanente¹⁷⁴, a paralizar el enjuiciamiento que pudiere estar realizando la Corte. De acuerdo con la Doctrina, esto es una clara agresión a la independencia de la CPI, siendo única esta facultad en las legislaciones democráticas; esta facultad podría afectar la legitimidad de la CPI y a su futuro como Tribunal¹⁷⁵. Cabe destacar que esta facultad de paralización es

¹⁷³ FLETCHER, George P., “Comentario final: algunos apuntes sobre el futuro de la relación entre la CPI y los EEUU”, TRAD.: OLÁSULO, Héctor, en: OLÁSULO, Héctor *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?: especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 641-645.

¹⁷⁴ Miembros actuales del Consejo de Seguridad de la ONU, en: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/current-members> [visitado el 24.02.2019].

¹⁷⁵ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, Alfonso, *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Madrid: Dykinson, S.L., 2018, p. 120; BORJAS MONROY, Alma C., “La potestad del Consejo de

independiente al hecho de si la Corte ha ejercido su competencia vía el artículo 13.a, 13.b o 13.c; es, por tanto, indiferente si el propio Consejo de Seguridad ha remitido un caso como si lo ha remitido un Estado Parte o si el Fiscal ha iniciado una investigación, como es el caso de Afganistán¹⁷⁶.

De acuerdo con la doctrina, existen múltiples requisitos para la aplicación de este artículo. En primer término, es necesario que el Consejo de Seguridad formule la solicitud de conformidad con lo que dispone el Capítulo VII de la CNU. Esto es, deben existir votos afirmativos de nueve miembros y, además, ningún miembro permanente ha de votar en contra. Es difícil creer, como indica GUTIÉRREZ ESPADA, que investigar o enjuiciar presuntos crímenes de gran magnitud pueda suponer una amenaza tal para la seguridad y la paz que el CS tenga que intervenir¹⁷⁷.

En segundo término, el período de suspensión se sitúa en doce meses. Así pues, si no hay renovación, la CPI puede seguir en el punto donde se dejó las investigaciones o enjuiciamientos, de manera automática¹⁷⁸.

Finalmente, cabe hacer hincapié en la duración de la renovación. El ER permite una renovación en las mismas condiciones y, de acuerdo a la mayoría de la Doctrina, también permite una renovación indefinida¹⁷⁹. Aunque otros profesores rechazan esa visión, alegando que la temporalidad y el propio término de “suspensión” impiden esa renovación¹⁸⁰.

Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento”, *Revista Derecho del Estado*, nº 27 (julio-diciembre 2011), p. 149; ZAPICO BARBEITO, Mónica, “Justicia penal internacional versus impunidad: ¿la Corte Penal Internacional?”, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-J, *et al*, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada, Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011: Universidade da Coruña, 2012, p. 727.

¹⁷⁶ QUIROGA, Tamara, “Relación del Consejo de Seguridad de la ONU y la Corte Penal Internacional: Darfur y Libia: ¿Intervenciones sumamente selectivas en derecho internacional penal?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones*, número 8 (2012), p. 140.

¹⁷⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de derecho internacional*, XVIII, 2002, p. 39.

¹⁷⁸ *Ibid*, p. 39.

¹⁷⁹ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, Alfonso, *Estudios*, cit., p. 122.

¹⁸⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional” cit., p. 40.

2.1 Las Resoluciones 1422 y 1487

Como se ha comentado anteriormente, el Consejo de Seguridad ha ejercido esta competencia en dos ocasiones: una a través de la Resolución 1422¹⁸¹ y otra mediante la Resolución 1487¹⁸², que responden al mantenimiento de la paz por parte de Naciones Unidas.

En la primera de éstas, la Resolución del Consejo de Seguridad tiene en cuenta tanto la entrada en vigor del Estatuto de Roma, el 1 de julio de 2002, así como la importancia del papel del propio Consejo en el mantenimiento de la Paz y Seguridad de la comunidad internacional. También menciona a los Estados parte del ER, que aceptan el principio de complementariedad mediante el cual se rige la CPI, y a los Estados que no son parte pero que mediante las jurisdicciones nacionales perseguirán los crímenes internacionales.

Pues bien, en la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad se establecen diversas cuestiones: pide a la CPI que en el supuesto de existir un caso que verse sobre acciones u omisiones que tengan relación con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas, siempre que éstas precisen de actuaciones por parte de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de Estados que no formen parte del ER y, además, aporte contingencias, el propio Tribunal no inicie o prosiga investigación o enjuiciamiento durante el período de 12 meses contados a partir del 1 de julio de 2002, a no ser que el Consejo de Seguridad disponga lo contrario¹⁸³.

De la misma forma, en esta Resolución el Consejo de Seguridad expresa el deseo de ir renovando la decisión anterior “por el tiempo que sea necesario”, un claro ejemplo de concepto jurídico indeterminado, al arbitrio del propio CS¹⁸⁴. Así

¹⁸¹ Resolución 1422 (2002), S/RES/1422 (2002), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002.

¹⁸² Resolución 1487 (2003), S/RES/1487 (2003), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4772a sesión, celebrada el 12 de junio de 2003.

¹⁸³ Resolución 1422, *cit.*, parágrafo 1.

¹⁸⁴ *Ibid*, parágrafo 2.

mismo, insta a los Estados miembros a cumplir con lo exigido en el párrafo anterior¹⁸⁵.

El contexto de la adopción de esta Resolución fue el intento de EUA de buscar la inmunidad para sus soldados en Bosnia y Herzegovina que participaron en misiones de mantenimiento de paz puesto que la CPI podría enjuiciar a estos soldados basándose en motivaciones injustificadas o políticas, según la posición estadounidense. Ahora bien, esta petición no fue atendida por el Consejo de Seguridad por lo que EUA vetó la renovación de las operaciones de mantenimiento en Bosnia y Herzegovina. Siendo conscientes de la importancia del asunto, el Consejo de Seguridad finalmente acordó la adopción de la Resolución 1422¹⁸⁶.

Como bien señala la profesora ESCOBAR HERÁNDEZ, el artículo 16 ER se concibió para situaciones concretas y actuales; en cambio, en la Resolución hace una descripción genérica que haya sido establecida o autorizada por Naciones Unidas o bien se pueda realizar en el futuro¹⁸⁷. Por tanto:

“el resultado de la R. 1422 no es otro que el de liberar de la jurisdicción de la CPI a una concreta categoría de personas por razón de la actividad que desempeñan (los contingentes de operaciones de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz) y que, de no concurrir la resolución del Consejo de Seguridad podrían ser objeto de enjuiciamiento conforme a las reglas generales del Estatuto. Ello se traduce en una alteración del principio de responsabilidad penal individual proclamado en dicho texto, que es especialmente grave por cuanto la categoría de personas que resultarán liberadas de responsabilidad se definen en términos de «oficialidad», es decir como «funcionarios o antiguos funcionarios y personal o antiguo personal» de un Estado, lo que entra en franca

¹⁸⁵ *Ibid*, párrafo 3.

¹⁸⁶ BORJAS MONROY, Alma C., “La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento”, *Revista Derecho del Estado*, n° 27 (julio-diciembre 2011), pp. 131-132.

¹⁸⁷ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “La Corte Penal Internacional”, *cit.*, p. 26.

*contradicción con lo previsto en el art. 27 del Estatuto que antes hemos comentado*¹⁸⁸”.

Por tanto, la propia Resolución vulnera los conceptos y principios básicos que recoge el ER por intereses políticos del Consejo de Seguridad.

Respecto a la Resolución 1487, el contenido es idéntico a la anterior Resolución: esto es, el Consejo de Seguridad pide, de conformidad con el Capítulo VII de la CNU y el artículo 16 ER, que la CPI no inicie o prosiga investigaciones o enjuiciamientos a funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de los Estados que no formen parte del ER respecto a las operaciones establecidas o autorizadas por Naciones Unidas. Esta paralización de actuaciones por parte de la Corte tendría efectos a partir del 1 de julio de 2003. Al igual que en el caso anterior, la misma Resolución hace referencia a la determinación del Consejo de renovar durante períodos de 12 meses esta paralización por “el tiempo que sea necesario”.

Finalmente en 2004 no se renovó más este mecanismo. Debido al fracaso de las negociaciones, EUA decidió retirar la solicitud para la renovación¹⁸⁹.

Es importante destacar que en otras ocasiones el Consejo de Seguridad ha mencionado este artículo en casos como los de Darfur (Resolución 1593/2005) o Libia (1970/2011), entre otros. En éstas se señala que “*Recordando el artículo 16 del Estatuto de Roma, con arreglo al cual la Corte Penal Internacional no puede iniciar ninguna investigación ni enjuiciamiento durante un plazo de 12 meses después de que el Consejo de Seguridad le haya formulado una petición a tal efecto*”. En estos dos casos se remite la situación correspondiente en cada Estado al Fiscal de la CPI, aún advirtiéndolo del poder que le otorga el artículo 16 ER en virtud del cual el Consejo podría paralizar la investigación o el enjuiciamiento.

2.2 Aplicación del artículo 16 en el caso de Afganistán

En este contexto, pues, ¿es previsible que EUA, valiéndose de su condición de miembro permanente en el Consejo de Seguridad, hubiera hecho uso del artículo

¹⁸⁸ *Ibid*, p. 26.

¹⁸⁹ QUIROGA, Tamara, “Relación del Consejo de Seguridad” *cit.*, p. 142.

16 ER y paralizara las investigaciones de manera indefinida, sin perjuicio del rechazo de la Sala de Cuestiones Preliminares?

El trasfondo de este artículo, como se ha señalado, es eminentemente político. Así, “es el artículo que demuestra cómo la Corte Penal Internacional no puede llevar a investigación cualquier asunto. La atribución al Consejo de Seguridad en este artículo establece que sólo son procedentes los asuntos que no afecten a los intereses políticos del Consejo de Seguridad. La suspensión de un asunto es una decisión irrevocable, inimpugnable, y desde el punto de vista temporal, indefinida”¹⁹⁰.

La investigación sobre lo sucedido en Afganistán afecta directamente a los intereses políticos de EUA. Ahora bien, como se ha comentado anteriormente, es difícil aprobar este tipo de resoluciones debido al número de votos afirmativos que necesitaría, que son 9 sin ningún voto en contra de los miembros permanentes.

En este contexto se debe teorizar sobre la posición de los miembros del Consejo de Seguridad. En primer lugar, los miembros permanentes son China, Francia, Rusia, Reino Unido y EUA. Francia y Reino Unido son Estados Parte en el ER, mientras que China, Rusia y EUA no lo son. Es difícil imaginar que, en relación a los Estados parte, éstos no se opusieran a la Resolución.

Por lo que respecta a los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la lista es la siguiente: Alemania, Bélgica, Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Indonesia, Kuwait, Perú, Polonia, República Dominicana y Sudáfrica¹⁹¹. De éstos, 6 Estados (Alemania, Bélgica, Perú, Polonia, República Dominicana y Sudáfrica) son parte en el ER; los otros restantes no.

Teniendo en cuenta lo expuesto, pues, no cabría imaginar que EUA presentase ante el Consejo de Seguridad la solicitud de adoptar una Resolución que paralizase las investigaciones de la Fiscalía en Afganistán. Ahora bien, es más

¹⁹⁰ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, Alfonso, *cit.*, p. 124.

¹⁹¹ Miembros actuales del Consejo de Seguridad de la ONU, en: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/current-members> [visitado el 24.02.2019].

difícil, sino imposible, pensar que esa solicitud fuera a transformarse en una Resolución, esto es, que el Consejo hiciera uso del artículo 16 ER en este supuesto. Si así fuere, habría supuesto un verdadero retroceso para la justicia penal internacional, además de afianzar la posición hegemónica de EUA en el globo y la impunidad en sus acciones, hecho que otros miembros permanentes del propio Consejo de Seguridad parece que no están dispuestos a asumir. Aún así, parece que la decisión, que se comentará a continuación, de rechazar la apertura de investigaciones en Afganistán ha conseguido el mismo resultado que una hipotética aplicación del artículo 16 ER, que no es otra que la impunidad estadounidense.

3 La polémica Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

El día 12 de abril de 2019 la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional rechazó, sorprendentemente, la solicitud de la Fiscalía de investigar presuntos delitos cometidos en Afganistán¹⁹².

Aún cumpliéndose los requisitos exigidos por el ER en relación a la competencia y admisibilidad, la Corte Penal Internacional rechaza la apertura de la investigación formal porque “las perspectivas de una investigación y un procesamiento exitoso son extremadamente limitadas”¹⁹³. Además, argumenta que la magnitud de la causa excede del presupuesto de la propia CPI y que, a la vista de la perspectiva tan limitada de la causa, sería preferible destinar dicho presupuesto a otros asuntos (sean exámenes preliminares, investigaciones o casos) más factibles¹⁹⁴.

Ante tal decisión, la Fiscalía de la CPI argumentó el mismo día 12 de abril de 2019 que “la Oficina analizará la decisión y sus implicaciones, y considerará

¹⁹² ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation, 12 de abril de 2019, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448> [visitado el día 13.04.2018].

¹⁹³ Pre-trial Chamber II, *situation, cit.*, parágrafo 96.

¹⁹⁴ *Ibid*, parágrafo 95.

todos los recursos legales disponibles”¹⁹⁵, por lo que es previsible que la Fiscalía la recurra.

La Decisión de la CPI es sorprendente teniendo en cuenta que lo previsible era la apertura oficial de las investigaciones¹⁹⁶. Es más sorprendente aún dada la justificación anteriormente expuesta. Así, cumpliéndose los requisitos exigidos en el plano legal, la visión de la CPI es totalmente pragmática. Es precisamente ese pragmatismo lo más criticable puesto que están obviando su obligación teniendo en cuenta lo establecido en el ER, determinando la impunidad de los partícipes en la guerra de Afganistán, en especial de los actos llevados a cabo por EUA.

Respecto a esta decisión, el Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, la ha calificado como una gran victoria, tanto para los patriotas como para el Estado de Derecho¹⁹⁷. En cambio, ONG's como Human Rights Watch han criticado esta postura, alegando que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares es una invitación a otros gobiernos para crear obstáculos con tal de que la CPI no actúe, más teniendo en cuenta las consideraciones políticas de la decisión¹⁹⁸. En el mismo sentido se expresa Amnistía Internacional al afirmar que el rechazo es un abandono a las víctimas que debilitará la ya cuestionada credibilidad de la CPI¹⁹⁹.

Cabría preguntarse qué hubiera pasado si una de las partes investigadas no fuera Estados Unidos. Así, la CPI ha sido diana de numerosas críticas en tanto que la

¹⁹⁵ Statement of the Office of the Prosecutor following the decision of Pre-Trial Chamber II concerning the Situation in Afghanistan, 12 de abril de 2019, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190412-otp-stat-afghanistan>.

¹⁹⁶ DICKINSON, Laura, WHITING, Alex, “Expert Q&A: The International Criminal Court’s Afghanistan probe and the US”, en: <https://www.justsecurity.org/54276/background-icc-afghanistan-probe-us-expert-qa/> [visitado el día 13.04.2018]; MAHIR HAZIM, Abdul, “Toward cooperation between Afghanistan and the International Criminal Court”, *George Washington International Law Review*, vol. 49 (2017), pp. 615-671.

¹⁹⁷ MORELLO, Carol, “Trump administrations applauds international court’s decisión to abandon Afghan war crimes probe”, *The Washington Post*, 12 de abril de 2019 en: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/trump-administration-applauds-international-courts-decision-to-abandon-afghan-war-crimes-probe/2019/04/12/610fd2b6-5d4a-11e9-a00e-050dc7b82693_story.html?utm_term=.d2e1c7e73ccc [visitado el día 13.04.2018].

¹⁹⁸ HUMAN RIGHT WATCH, “ICC: Judges Reject Afghanistan Investigation: Victims Denied Path to Justice; Decision Benefits Obstructionist States”, 12 de abril de 2019, en: <https://www.hrw.org/news/2019/04/12/icc-judges-reject-afghanistan-investigation> [visitado el día 13.04.2018]

¹⁹⁹ PATNAIK, Biraj, “Afghanistan: IC refuses to authorize investigation, caving into USA threats”, 12 de abril de 2019, en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/04/afghanistan-icc-refuses-to-authorize-investigation-caving-into-usa-threats/> [visitado el día 15.04.2018]

gran mayoría de procesos que ha llevado a cabo han sido contra nacionales de estados africanos, obviando así otro perfil de personas de otros continentes que también podrían ser investigados y/o juzgados ante la CPI²⁰⁰. Tal ha sido la percepción de que la CPI sólo actúa contra individuos africanos que Burundi se ha retirado del ER mientras que Sudáfrica y Gambia anunciaron su retirada, sin hacerla efectiva²⁰¹.

En noviembre de 2017, la Fiscalía solicitó la apertura de las investigaciones pero no es hasta pasado más de un año y cinco meses cuando se le ha dado respuesta. Precisamente la decisión se ha tomado una semana después de la retirada del visado a la Fiscal Fatou Bensouda. Este lapso temporal es muy significativo puesto que se podría llegar a la conclusión que la decisión de la CPI ha sido, fundamentalmente, por presiones de Estados Unidos.

En suma, la aplicación del artículo 16 ER, que se ha estudiado anteriormente, no será necesaria puesto que es la propia CPI, mediante la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, quien ha facilitado la impunidad al rechazarse la apertura de las investigaciones.

²⁰⁰ VARELA BARRAZA, Hilda, “El (complejo) debate del papel de la Corte Penal Internacional en África Subsahariana”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, 2017, en: <http://revistafal.com/el-complejo-debate-del-papel-de-la-corte-penal-internacional-en-africa-subsahariana/> [visitado el día 13.04.2018]; SARKIN, Jeremy, “El Tribunal Penal Internacional y los países africanos”, *Anuario Internacional CIDOB*, 2016, en: <http://anuariocidob.org/el-tribunal-penal-internacional-y-los-paises-africanos/> [visitado el día 13.04.2018]

²⁰¹ PILLAI, Priya, “The African Union, the International Criminal Court, and the International Court of Justice: at the fault lines of International Accountability”, *American Society of International Law*, vol 22 (2018).

IV. CONCLUSIONES

1. Afganistán ha sido territorio de numerosos conflictos desde el Siglo pasado. Ha sido un objetivo geopolítico para las grandes potencias, como lo fue la para la URSS y como lo es en la actualidad para EUA.
2. La respuesta legal a los atentados terroristas del 11-S por parte de Estados Unidos es de dudosa fundamentación. La legítima defensa alegada por parte de Estados Unidos, en base al artículo 51 CNU, fue controvertida: no sólo porque sería incorrecto determinar la actuación de Afganistán como agresión indirecta sino porque, simplemente, no existe una verdadera conexión entre los grupos que perpetraron el atentado y el propio Estado de Afganistán.
3. La CPI hubiera tenido jurisdicción para conocer de los hechos ocurridos en Afganistán, tanto en su vertiente temporal, territorial y personal. En efecto, y por lo que respecta a la vertiente temporal, la CPI podría haber investigado los hechos ocurridos en territorio afgano a partir del día 1 de mayo de 2003. Los delitos cometidos fuera de Afganistán (en relación a las cárceles secretas de la CIA y fuerzas estadounidenses) tienen doble límite temporal: lo ocurrido en Polonia y Rumanía se tendría en cuenta, a efectos judiciales, a partir del día 1 de julio de 2002. Lo ocurrido en Lituania, la CPI tendría jurisdicción a partir del día 1 de agosto de 2003. Por lo que respecta a la vertiente personal, sería difícil determinar en este momento la existencia de inmunidades aunque, como se ha visto, diferentes Estados se hayan apoyado en ellas para negar entregas de ciertas personalidades internacionales, como jefes de Estados en el caso de Al Bashir. Por último, y en relación a la vertiente territorial, tanto talibanes y fuerzas gubernamentales de Afganistán podrán haber sido juzgados por la CPI por el hecho de que el propio estado de Afganistán es parte del ER; por lo que respecta a los actores estadounidenses, la jurisdicción vendría dada por el

hecho de que los actos delictivos se cometen en Afganistán sin tener en cuenta su nacionalidad.

4. Los hechos que se produjeron, y se siguen produciendo, en suelo afgano podrían corresponder con las imputaciones que realizó la Fiscalía de la CPI más teniendo en cuenta que la Sala de Cuestiones Preliminares apoyó estas tesis.
5. EUA no ha tenido nunca la intención de formar parte del Estatuto de Roma. Su único interés en este Tribunal ha sido o bien influir en las decisiones de la Corte o bien dinamitar su actuación y, por ende, su propia existencia. Ejemplo de esta afirmación es la adopción de acuerdos bilaterales de inmunidad, la aprobación de la Ley *ASPA* o las propias Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad.
6. La aplicación del artículo 16 ER en el caso de Afganistán hubiera sido muy difícil de materializar por la forma en que se debe adoptar el artículo (en lo que a votos afirmativos se refiere), que viene regida por la Carta de Naciones Unidas, así como por los propios intereses del resto de miembros del Consejo de Seguridad, sean permanentes o no, puesto que no estarían dispuestos a reafirmar la hegemonía e impunidad de EUA.
7. La Sala de Cuestiones Preliminares le ha facilitado la impunidad a los responsables de los hechos ocurridos en Afganistán. Las presiones políticas pueden haber sido el factor fundamental para la adopción de esta decisión, que no es otra que el rechazo a abrir una investigación formal de lo ocurrido. Por tanto, a EUA no le ha hecho falta siquiera la aplicación del artículo 16, en virtud de su condición de miembro permanente en el CSNU; ese trabajo ya ha sido realizado por los Jueces de la Corte Penal Internacional.

8. A la espera del recurso que pueda interponer la Fiscalía de la CPI así como la resolución del mismo, este rechazo supone un perjuicio en la legitimidad de la Corte Penal Internacional, legitimidad que, sin perjuicio de esta decisión, ya era cuestionada entre otras razones por su (excesivo, según algunas opiniones) papel en África.

V. BIBLIOGRAFIA

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Resoluciones del Consejo de Seguridad

Resolución 1368 (2001), S/RES/1368 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001

Resolución 1373 (2001), S/RES/1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001

Resolución 1386 (2001), S/RES/1386 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4443ª sesión, celebrada el 20 de diciembre de 2001

Resolución 1422 (2002), S/RES/1422 (2002), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2002

Resolución 1487 (2003), S/RES/1487 (2003), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4772ª sesión, celebrada el 12 de junio de 2003

Resolución 1510 (2003), S/RES/1510 (2003), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4840ª sesión, celebrada el 13 de octubre de 2003

Resolución 1593 (2005), S/RES/1593 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005

Otras Resoluciones

Anexo relativo a la Declaración de la Delegación de los Estados Unidos, de la Resolución AG/RES. 1929 (XXXIII-O/03), celebrada el 10 de junio de 2003

Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la definición de la agresión

Resolución ICC-ASP/14/Res.2, Aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2015

Jurisprudencia

Pre Trial Chamber II, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ‘Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre Trial Chamber II of 30 May 2011’, ICC-01/09-01/11-307, 30 August 2011

Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr, 15 december 2011

Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Second decisión on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest*. ICC-02/05-01/09-94, 12 july 2010

Pre-trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Warrant of Arrest* ICC-02/05-01/09-1, 4 march 2009

Pre-trial Chamber II, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Transmission to Pre-Trial Chamber II of the observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the "Decision requesting observations on Omar Al-Bashir's visit to the Democratic Republic of Congo" dated 3 March*. ICC-02/05-01/09, 17 march 2014

Pre-trial Chamber II, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court*. ICC-02/05-01/09, 9 april 2014

Pre-trial Chamber II, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17, 12 abril de 2019.

Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb), Case ICC-02/05-01/07, 27 April 2007

Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, Sep. 30, 2008

Sentencia de la CIJ en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*

Trial Chamber II, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ‘Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case’ ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009

Trial Judgment, Prosecutor v. Milutinović et al., Caso No. IT-05-87-T, Feb. 26, 2009

REFERENCIAS DOCTRINALES

Monografías y obras generales

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000

AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Resumen sistemático de los principios generales de la jurisprudencia analizada*, Trad. MALARINO, Ezequiel, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005

BAQUÉS QUESADA, Josep *Quo Vadis Afganistán?* Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED 2010

BRODY, Reed, “Fuera de la Ley: EEUU en la Corte Penal Internacional”, Trad. WANG, Berna, en: AGUIRRE, Mariano, GONZÁLEZ BUSTELO, Mabel, *Tiempos difíciles: guerra y poder en el escenario internacional*, Barcelona: Icaria editorial, 2003

BYERS, Michael, “The intervention in Afghanistan-2001”, in RUYS, Tom, *et al.*, *The use of force in International Law. A case-based approach*, OUP, 2018, p. 626-638

CALVILLO CISNEROS, José Miguel *Afganistán: Seguridad y desarrollo. Un modelo de estabilización de estados*. Centro Estudios Iberoamérica, Cáceres 2013

CERVELL HORTAL, María José, *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo. Nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017

COCONI, Luciana, *Afganistán: Ante la encrucijada de la reconstrucción* TFM, UB 2007

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, “El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 325-356

DUQUE MOLINA, Pamela Andrea, *El excepcionalismo de Estados Unidos frente a la CPI: una valoración ética*, Bogotá D.C., 2016

ELIZONDO, Luis, “Espacio para respirar: El humanitarismo en Afganistán (2001-2008)”, Madrid: Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid

FARAMIÑAN, J. M., *et al.*, *El conflicto de Afganistán*, Ministerio de Defensa

FLETCHER, George P., “Comentario final: algunos apuntes sobre el futuro de la relación entre la CPI y los EEUU”, TRAD.: OLÁSOLO, Héctor, en: OLÁSOLO, Héctor *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?: especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 641-645

FRULLI, Michaela, “Jurisdiction Ratione Personae”, en: CASSESSE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, R.W.D. John (eds.), *The Rome Statute of the the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol.I, pp. 527-541.

GIL GIL, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los elementos de los crímenes’”, en KAI AMBOS (Coord.), *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

HEROLD, M. W., *Afganistán como un espacio vacío. El perfecto Estado neocolonial del siglo XXI*, Foca, 2007

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, “Estudios de política criminal y criminología: Estados Unidos y la Corte Penal Internacional; de la obstrucción a la colaboración”, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *et al*, *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1055-1082

NOLTE, George; RANDELZHOFFER, Albrecht, “Article 51”, in SIMMA, Bruno; *et. al.*, (eds.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, vol. 2, 3rd ed., OUP, 2012, p. 1397-1428

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2009

POZO, P., *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, EUNSA, 2011

REGUEIRO DUBRA, Raquel, *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario General Gutierrez Mellado, UNED 2012

SERVÍN RODRÍGUEZ, Christopher A., *El artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los acuerdos bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la Corte y pone en riesgo su efectividad?* Universidad Internacional de Andalucía, 2014

Artículos en revistas

ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol 68/1 (2016)

AMBOS, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 17 (2010)

BALTAR RODRIGUEZ, Enrique “EEUU y Pakistán en la guerra contra el terrorismo: disimetría y conflicto de intereses geopolíticos”, *Estudios de Asia y África*, vol.53, nº3 (2018)

BEHZAD, Rasheed, “La estructura social en Afganistán” *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 63 (2011)

BERENGUER LÓPEZ, Francisco, “La polarización política de la sociedad afgana y su fracaso democrático (1973-2001)”, *Revista de Estudios en Seguridad Nacional*, Vol. 3, No. 1 (2017)

BORJAS MONROY, Alma C., “La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un ejuciamiento”, *Revista Derecho del Estado*, nº 27 (julio-diciembre 2011)

BRUNO, Greg ”Arabia Saudí y el futuro de Afganistán” en *Afganistán, ¿el Iraq de Obama? Vanguardia Dossier nº 31(2009)*, pp. 82-86

BURBÁNO, Herán, “Los talibanes: guerra, terrorismo y geopolítica en Afganistán”, *Revista Nova et Vetera*, volumen 3, edición 31, Universidad del Rosario

CATOGGIO, Augusto, *Estados Unidos y la Corte Penal Internacional: un acercamiento a la justicia penal internacional desde el realismo político a un año de la conferencia de revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/40663/Documento_completo.pdf.out.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “ Pakistán ante la amenaza yihadista: evolución y alcance de la respuesta estatal”, *Real Instituto Elcano*, nº 10 (2010)

DEMICHELIS, Marco, “El conflicto entre sunitas y chiitas: una guerra civil religiosa de propaganda en el Islam”, *Vida Universitaria*, Universidad de Navarra, junio 2017, en: <https://www.unav.edu/web/vida-universitaria/detalle-opinion2/2017/06/20/el-conflicto-entre-sunitas-y-chiitas:-una-guerra-civil-religiosa-de-propaganda-en-el-islam?articleId=14511250>

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "La Corte Penal Internacional: Un instrumento al Servicio de la Paz", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 21, 2003

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV-2, julio 2002, núm. 2

ESTUPIÑÁN –SILVA, Rosmerlin, “La “gravedad” de los crímenes de guerra en la jurisprudencia internacional penal”, *20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 185-212 (2012)

FERREIRA, Marcelo, *Crímenes de Lesa Humanidad: fundamentos y ámbitos de validez*, en: <https://www.gordillo.com/DH6/capXIII.pdf> [visitado el 20.01.2019]

FERSTMAN, Carla, “The International Criminal Court Prosecutor’s preliminary examination on Afghanistan and possible impacts on accountability for secret detention and rendition”, p 3-7 en: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=025078121121077073092096064030107009116008031085056044126101104009101074075089113065033020049102118033018088023112123067095101105041060022013115094126064099097003066006050071070102010005127091124118085094064114089102122096105099026087116017103088105111&EXT=pdf> [visitado el día 25.11.2018]

FUNDACIÓ CÀTEDRA IBEROAMERICANA, “Invasión a Afganistán”, Universitat de les Illes Balears, Càtedra Iberoamericana, en: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/renee/Invasion-a-Afganistan.cid222586> [visitado el 27.03.2019]

GAETA, Paola., «The ICC Changes Its Mind on Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again», *Opinio Iuris* blogpost, 23 de abril de 2014, en <http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-posticc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong>

GALBRAITH, Jean, “The Bush Administration’s response to the International Criminal Court”, *Berkeley Journal of International Law*, nº 21 (2003)

GAMARRA CHOPO, Yolanda, “La política hostil de Estados Unidos contra la Corte Penal Internacional: los acuerdos del artículo 98 o la búsqueda de la impunidad”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol 57, nº 1 (enero-junio 2005), pp. 145-169

GREEN, R. “La política conflictiva de Arabia Saudita referente a la crisis de Afganistán”, *Instituto de Investigación de Medios del Medio Oriente*, nº 601 (2010)

GREIG, D. W., “Self-defence and the Security Council: what does article 51 require?”, *ICLQ*, 40(2), 1991, p. 366-402

GUNNAR SIMONSEN, Sven, “El puzle étnico”, *Afganistán ¿el Iraq de Obama?*, Vanguardia Dossier, nº 31, abril/junio 2009

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de derecho internacional*, XVIII, 2002

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S”, *Anales de Derecho*, número 19 (2001)

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, “Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional” (ARI), nº10/2008-14/1/2008

HOOGH, André y KNOTTNERUS, Abel, «ICC Issues New decision on Al-Bashir’s Immunities. But Gets the Law Wrong... Again», *EJIL Talk!*, blogpost, 18 de abril de 2014, <http://www.ejiltalk.org/icc-issuesnew-decision-on-al-bashirs-immunities---but-gets-the-law-wrong-again/>

IGUALADA TOLOSA, Carlos, “La relación de EEUU y Arabia Saudí: evolución y motivos de su desgaste” en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 114, (2016)

KUNZ, Joseph L., “Individual and collective self-defence in article 51 of the Charter of the United Nations”, *AJIL*, 41(4), 1947, p. 872-879

MAHIR HAZIM, Abdul, “Toward cooperation between Afghanistan and the International Criminal Court”, *George Washington International Law Review*, vol. 49 (2017), pp. 615-671

MURPHY, John F., “Afghanistan: hard choices and the future of International Law”, *International Law Studies*, vol. 85, pp. 79-107

OKIMOTO, Keiichiro, “The cumulative requirements of *jus ad bellum* and *jus in bello* in the context of self-defence”, *Chinese Journal of International Law*, 11, 2012

PFAFF, William, “11-s y el orden mundial”, *Política Exterior*, nº 90 (2002)

PILLAI, Priya, “The African Union, the International Criminal Court, and the International Court of Justice: at the fault lines of International Accountability”, *American Society of International Law*, vol 22

QUIROGA, Tamara, “Relación del Consejo de Seguridad de la ONU y la Corte Penal Internacional: Darfur y Libia: ¿Intervenciones sumamente selectivas en derecho internacional penal?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones*, número 8 (2012)

REISMAN, Michael W., “International Legal Dynamics and the Design of Feasible Missions: the Case of Afghanistan”, *International Law Studies*, nº 85, pp. 59-75

ROBERGE, Marie-Claude, “El nuevo Tribunal Penal Internacional- Evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* (31 de diciembre de 1998)

SAN MARTÍN CALVO, Marina, “La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. El asunto “Ahmad al-Mahdi””, *Revista española de Relaciones Internacionales*, nº8 (2016)

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carlos “La geometría variable del poder en política exterior III: La intervención de EEUU en Afganistán (2001-2002) y la guerra contra el terrorismo tras el 11S”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº 15 (2007)

SARKIN, Jeremy, “El Tribunal Penal Internacional y los países africanos”, *Anuario Internacional CIDOB*, 2016

SCHEFFER, David J., “U.S. Policy and the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, nº 32, article 9 (1999)

SCHIAVO, Elisa, “El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad”, en *Cultura Jurídica*, Nº 2, abril-junio 2011

VARELA BARRAZA, Hilda, “El (complejo) debate del papel de la Corte Penal Internacional en África Subsahariana”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, 2017

VILLAREAL PALOS, Arturo, Los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra. Notas para su incorporación a la legislación mexicana, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol 17 (2017), p. 211

ZAHID HUSSAIN, “Pakistán, de aliado a amenaza”, *Afganistán, ¿el Iraq de Obama? Vanguardia Dossier nº 31*(2009)

ZAPICO BARBEITO, Mónica, “Justicia penal internacional versus impunidad: ¿la Corte Penal Internacional?”, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-J, *et al*, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada, Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*: Universidade da Coruña, 2012

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Documentos institucionales de Naciones Unidas

AFGHANISTAN- PROTECION OF CIVILIANS IN ARMED CONFLICT
(ANNUAL REPORT- 2018)

UN Committee Against Torture, ‘Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the United States of America’ UN Doc CAT/C/USA/CO/3-5, 19 December 2014

Documentos institucionales de la Corte Penal Internacional

Declaración de la Fiscal, Fatou Bensouda, sobre su decisión de solicitar autorización judicial para iniciar una investigación sobre la situación en la República Islámica de Afganistán, en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=171103_OTP_Statement [Visitado el día 06.02.2019]

ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation, 12 de abril de 2019, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448> [visitado el día 13.04.2018]

Report on Preliminary Examination Activities (2016) – Afghanistan

Report on Preliminary Examination Activities (2017) – Afghanistan

[Statement of the Office of the Prosecutor following the decision of Pre-Trial Chamber II concerning the Situation in Afghanistan](https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190412-otp-stat-afghanistan), 12 de abril de 2019, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190412-otp-stat-afghanistan>

The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred, 12 september 2018, en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>

The prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Alleged crimes (non-exhaustive list), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir/pages/alleged-crimes.aspx>

Documentos institucionales de ONG’s

HUMAN RIGHT WATCH, “ICC: Judges Reject Afghanistan Investigation: Victims Denied Path to Justice; Decision Benefits Obstructionist States”, 12 de abril de 2019, en: <https://www.hrw.org/news/2019/04/12/icc-judges-reject-afghanistan-investigation> [visitado el día 13.04.2018]

PATNAIK, Biraj, “Afghanistan: IC refuses to authorize investigation, caving into USA threats”, 12 de abril de 2019, en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/04/afghanistan-icc-refuses-to-authorize-investigation-caving-into-usa-threats/> [visitado el día 15.04.2018]

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (CRUZ ROJA), NOTA SOBRE LA CONFERENCIA DE REVISION DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, KAMPALA (UGANDA), 2010

Documentos institucionales de EUA

Carta de John D. Negroponte, representante de EEUU ante la ONU al Presidente del Consejo de Seguridad, el 7 de octubre de 2001, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/sept11/un_006.asp

Presidential Address to the Nation, 7 de octubre de 2001

Statement by US President Bill Clinton, authorizing the US signing of the Rome Statute of the International Criminal Court, en: <http://www.iccnw.org/documents/USClintonSigning31Dec00.pdf>

Statement of Attorney General Eric Holder Regarding a Preliminary Review into the Interrogation of Certain Detainees, on 24 august, 2009

Otros documentos institucionales

Agreement on the interrelationship for the settlement of the situation relating to Afghanistan, parágrafo 5, Acuerdos de Ginebra (1988), disponible en: <https://peacemaker.un.org/node/641>

Pacto para Afganistán previsto por el Acuerdo de Bonn en su anexo III, disponible en: <https://peacemaker.un.org/afghanistan-bonnagreement2001>

Instrumentos Internacionales de la Corte Penal Internacional

Artículo 7.2 de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional

Artículo 7.3 de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional

Artículo 8 del Estatuto de Roma

Legislación interna de Afganistán

Constitución Afgana, 4 de enero de 2004

OTRAS FUENTES

Prensa

“Estados Unidos lanza una gran ofensiva militar en Afganistán”, en: https://elpais.com/diario/2003/12/09/internacional/1070924418_850215.html

“Estados Unidos no puede ni ganar la guerra en Afganistán, ni ponerle fin ni salir del país, en: https://www.eldiario.es/theguardian/Unidos-Afganistan-puede-guerra-pararla_0_767473615.html [visitado el 27.04.2019]

“La Unión Africana y la Liga Árabe defienden la no detención de Al Bashi”, en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20180910/451741940983/la-union-africana-y-la-liga-arabe-defienden-la-no-detencion-de-al-bashir.html>

Afganistán: una guerra larga e inútil”, en: <https://www.elespectador.com/opinion/afganistan-una-guerra-larga-e-inutil-columna-710534>

BIOSCA AZCOITI, Javier, “EEUU, Pakistán y los oscuros vínculos con el terrorismo yihadista”, *El Diario.es*, 11/10/2017 en https://www.eldiario.es/internacional/Unidos-Pakistan-vinculos-terrorismo-yihadista_0_695381429.html

DICKINSON, Laura, WHITING, Alex, “Expert Q&A: The International Criminal Court’s Afghanistan probe and the US”, en: <https://www.justsecurity.org/54276/backgrounder-icc-afghanistan-probe-us-expert-qa/> [visitado el día 13.04.2018]

Discurso de Obama sobre su estrategia en Afganistán, el 02/12/2009 en: https://elpais.com/internacional/2009/12/02/actualidad/1259708410_850215.html [Visitado el día 25.10.2018]

Discurso Inaugural de la toma de posesión del Presidente Barak Obama, en: https://elpais.com/internacional/2009/01/20/actualidad/1232406016_850215.html [Visitado el día 25.10.2018]

FERRER, Isabel, “Estados Unidos retira el visado a la Fiscal de la Corte Penal Internacional”, en: https://elpais.com/internacional/2019/04/05/actualidad/1554451028_360379.html [visitado el 10-04-2019]

Full text of John Bolton’s speech to the Federalist Society, 10 september 2018, en: <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/full-text-john-bolton-speech-federalist-society-180910172828633.html> [visitado el 05.01.2019].

MORELLO, Carol, “Trump administrations applauds international court’s decisión to abandon Afghan war crimes probe”, *The Washington Post*, 12 de abril de 2019 en: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/trump-administration-applauds-international-courts-decision-to-abandon-afghan-war-crimes-probe/2019/04/12/610fd2b6-5d4a-11e9-a00e-050dc7b82693_story.html?utm_term=.d2e1c7e73ccc [visitado el día 13.04.2018]

Por qué Afganistán es hoy más peligroso que nunca, en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45533726>

REMARKS TO THE PRESS, Michael R. Pompeo, 15 de marzo de 2019, en:
<https://www.state.gov/secretary/remarks/2019/03/290394.htm>

VI. ANEXOS

Crimen de lesa humanidad de asesinato, en el artículo 7.1.a) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya dado muerte⁷ a una o más personas. 2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física, en el artículo 7.1.e) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física. 2. Que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Crimen de lesa humanidad de persecución, en el artículo 7.1.h) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional. 2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales. 3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. 5. Que la conducta se haya

cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Crimen de guerra de homicidio, en el artículo 8.2.c.i) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas. 2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso⁵⁶ que no tomaban parte activa en las hostilidades. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal, en el artículo 8.2.c.ii) de los Elementos de los crímenes: 1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad⁵⁷. 2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal. 3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades. 4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición. 5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil, en el artículo 8.2.e.i) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya lanzado un ataque. 2. Que el objeto del ataque haya sido una población civil en cuanto tal o personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades. 3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto a tal o

contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria, en el artículo 8.2.e.iii) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya lanzado un ataque. 2. Que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. 3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos participantes en la misión. 4. Que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección otorgada a las personas civiles o a los bienes de carácter civil con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados. 5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección. 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos, en el artículo 8.2.e.iv) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya lanzado un ataque. 2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares. 3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de

índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de violencia sexual, en el artículo 8.2.e.vi) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de desplazar a civiles, en el artículo 8.2.e.viii) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil. 2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares. 3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Crimen de guerra de matar o herir a traición, en el artículo 8.2.e.ix) de los Elementos de los Crímenes: 1. Que el autor se haya ganado la confianza de uno o más combatientes adversarios y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados. 2. Que el autor haya

tenido la intención de traicionar esa confianza. 3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas. 4. Que el autor, al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado. 5. Que esa persona o personas haya pertenecido a una parte adversa. 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.